

# LE CONTRAT D'OPÉRATION CHIRURGICALE



THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

*le 6 Mars 1939, à 14 heures*

PAR

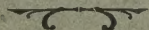
**Léon-Maurice NORDMANN**

*Avocat à la Cour de Paris*

JURY :

*Président : M. RIPERT, Professeur*

*Suffragants* { *M. HAMEL, Professeur*  
                  { *M. AMIAUD, Professeur*



LES PRESSES MODERNES

96, Galeries Beaujolais Palais-Royal

PARIS (1<sup>er</sup>)

—  
1939







Digitized by the Internet Archive  
in 2026

# LE CONTRAT D'OPÉRATION CHIRURGICALE



THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

*le 6 Mars 1939, à 14 heures*

PAR

**Léon-Maurice NORDMANN**

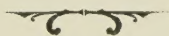
*Avocat à la Cour de Paris*

---

JURY :

*Président : M. RIPERT, Professeur*

*Suffragants* { *M. HAMEL, Professeur*  
                  { *M. AMIAUD, Professeur*



LES PRESSES MODERNES  
96, Galeries Beaujolais Palais-Royal  
PARIS (1<sup>er</sup>)

1939



*La Faculté n'entend donner aucune approbation  
ou improbation aux opinions émises dans les thèses.  
Ces opinions doivent être considérées comme propres  
à leurs auteurs.*

## Introduction

1. *Le problème à étudier.* — Les relations qui se créent entre les chirurgiens et leurs clients soulèvent toute une série de questions juridiques. Celles-ci se posent à propos, notamment, des consentements qui doivent se rencontrer lorsqu'une intervention chirurgicale est projetée, de la responsabilité assumée par les praticiens, du secret professionnel qui leur incombe, et des devoirs qu'assument les malades, avec, en particulier, celui de rémunérer les chirurgiens de leurs soins. On reconnaît là les divers éléments d'un contrat, dont nous avons entrepris de rechercher la nature juridique. Il sera donc nécessaire de voir comment, dans la vie courante, ces problèmes ont été résolus. En rassemblant les opinions d'auteurs qui ont traité ces questions, et, surtout, les décisions de jurisprudence qui s'y rattachent, on verra se constituer un édifice juridique, à quoi il ne nous restera plus qu'à donner un nom et à trouver la place qu'il doit occuper parmi nos institutions. Notre tâche est donc assez simplement celle d'un mosaïste à qui sont fournis des éléments épars qu'il n'aura qu'à mettre en place pour en dégager la figure d'ensemble. Aussi cet ouvrage sera-t-il surtout constitué, au moins dans sa partie descriptive, de citations de doctrine et de jurisprudence. Nous n'avons rien à inventer. Au contraire, nous devons nous contenter de regarder vivre une institution, afin de pouvoir lui choisir un nom parmi tous ceux qu'on a déjà proposés pour elle.

On peut, en effet, parler d'institution. Sans doute notre droit, encore individualiste, est-il fondé sur l'autonomie de la volonté, ce qui pourrait impliquer que les conventions conclues entre les hommes peuvent varier à l'infini. Mais, en réalité, il n'y a pas autant de types de contrats que d'espèces. Les objets de ces contrats sont en nombre limité. On peut donc grouper autour de l'opération chirurgicale, objet qui nous intéresse, les remarques faites à propos des problèmes juridiques qu'elle soulève. L'unité de l'objet détermine une certaine uniformité dans les conven-

tions qui se forment à son propos. La généralisation est donc possible.

Nous n'avons certes pas l'ambition d'étudier, pour elles-mêmes, toutes les questions que soulève l'application du contrat d'opération chirurgicale. Une littérature très abondante a déjà été consacrée à ces problèmes. Si nous sommes amenés à les examiner rapidement à nouveau, c'est uniquement par rapport à la nature juridique du contrat. Nous désirons moins discuter les solutions qui ont été données par les usages et la jurisprudence, que déduire, d'une simple compilation, une solution qui devrait intervenir quasi-automatiquement. Notre prétention n'a donc pas été de composer un traité de l'opération chirurgicale, mais seulement d'écrire un modeste essai, une dissertation juridique au sujet de la qualification du contrat. Certains problèmes intéressant le corps médical pourront donc être absents de cette étude s'ils ne concourent pas à la solution que nous recherchons. C'est ainsi que, nous attachant à rechercher la nature d'un contrat de type classique, d'un accord de volontés, nous écarterons l'étude de l'activité médicale mise au service d'une collectivité (assurances sociales, mutuelles, etc...), n'y faisant que quelques allusions lorsque cela pourra sembler utile à notre sujet. Nous nous proposons d'étudier l'activité du chirurgien contractant librement avec son client, non celle du chirurgien fonctionnaire. La notion de statut viendra peut-être un jour, dans le droit français, se substituer à la notion de contrat. Mais c'est encore sur cette dernière que repose la majeure partie de l'activité qui nous intéresse. C'est donc à elle seule que nous emprunterons les éléments nécessaires pour dégager la nature des liens juridiques entre chirurgien et client.

Bien souvent, cependant, nous aurons à déborder du domaine de la chirurgie et à prendre nos exemples et nos citations dans celui de la médecine. C'est qu'au fond si, jadis, il y avait entre médecins et chirurgiens une différence de condition, les premiers exerçant une profession libérale et les seconds un métier manuel, cette différenciation a aujourd'hui complètement disparu. *Le contrat médical a évidemment la même nature juridique que le contrat d'opération chirurgicale*, et, pour étudier celui-ci, nous pourrions être amenés à glaner dans celui-là des exemples intéressants. Mais le contrat d'opération chirurgicale peut être plus facilement isolé, ses arêtes sont plus vives, il nous permettra une étude plus

claire et plus rapide de ce qu'est un contrat médical à l'état pur. C'est pourquoi c'est à lui que nous avons, en principe, borné nos recherches.

2. *L'idée de contrat.* — Le mot de contrat ne peut donc pas surprendre, malgré la nature très particulière des relations entre chirurgien et client. Contrairement à ce que l'on pense, la personne physique n'est pas en dehors des contrats (1). Ce qui est interdit, c'est l'aliénation de l'intégrité corporelle, le transfert de la propriété d'un corps vivant ou à naître, la privation d'une faculté physique au profit d'une autre personne. Mais une convention peut parfaitement être valablement passée à propos du corps humain.

Une convention qui porte sur un objet utile au corps humain, comme l'opération chirurgicale dont le but est de guérir, n'est évidemment pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Et, ce n'est pas le corps humain qui fait l'objet du commerce, c'est l'activité professionnelle du chirurgien. Aucune prohibition légale ne peut donc être opposée au contrat d'opération chirurgicale.

D'autre part, les rapports de courtoisie qui s'établissent (ou devraient s'établir) entre chirurgien et client ne sont évidemment pas un obstacle à ce qu'un contrat civil naisse entre eux. Le chirurgien offre ses soins au malade qui en a besoin. Il n'en faut pas plus pour déterminer la formation d'un contrat. Peu importe même qu'une rétribution puisse être espérée. Tout malade qui se confie aux soins du médecin est un client (2). L'idée de contrat est aujourd'hui définitivement consacrée par la jurisprudence, et la Cour de Cassation a reconnu qu'il s'agissait bien d'un contrat (3), et en est même finalement venue à rechercher la nature juridique de ce contrat (4).

Aussi, aurons-nous à examiner tout d'abord les problèmes qui se posent à la *formation du contrat*. Puis, le contenu d'un contrat

(1) Cf. Andrée Jack : *Les conventions relatives à la personne physique*, « Revue Critique », 1933, p. 362 et suiv.

(2) Le Gendre : *La vie du médecin*, Paris, 1931, pages 267 et suiv.

(3) Voir notamment Cass. Civ., 8 février 1932 : Yvon c/D<sup>r</sup> Plaisant, Dh. 1932, 202. — Cass. Civ., 20 mai 1936 : D<sup>r</sup> Nicolas c/époux Mercier, D. 1936, 1. 88. — Cass. Req., 15 juin 1937 : Le Bail c/D<sup>r</sup> X..., G. P., 7 oct. 1937. — Cass. Civ., 18 janvier 1938 : D<sup>r</sup> A... c/consorts Retrouvey, G. P., 15 fév. 1938.

(4) Cass. Civ., 13 juillet 1937 : D<sup>r</sup> Parin c/Barrès, G. P. 1937, 2.384.

le médecin comme conseil et non comme le représentant d'une marque de produits pharmaceutiques (9).

C'est en partant de ce même point de vue que la dichotomie clandestine doit être prohibée (10). Le malade devrait pouvoir se conformer presque aveuglément et très rapidement à l'avis de son médecin qui lui ordonnerait une opération. Si l'on peut soupçonner que le médecin n'obéit plus uniquement à des mobiles scientifiques, mais pousse son client à se faire opérer parce qu'il recevra une ristourne du chirurgien, choisi non pour son talent mais pour sa générosité, la confiance nécessaire du malade s'évanouira (11).

Ces procédés ne sont d'ailleurs pas seulement interdits par la morale. Ils peuvent être aussi frappés d'une sanction civile. Le malade, ayant été trompé, doit pouvoir arguer de ce dol pour obtenir la nullité de son contrat, avec, le cas échéant, des dommages-intérêts (12). Si l'on ne trouve pas de décisions de justice qui aient eu à statuer sur une semblable demande en nullité, il faut signaler un jugement (13) qui stigmatise, « cette pratique malhonnête (qui) déshonore à la fois le médecin qui reçoit et le chirurgien qui donne..., pratique (qui) ne relève que du mépris public, d'autant plus qu'en fait le chirurgien est amené ainsi à prendre des honoraires scandaleusement exagérés pour rémunérer son confrère et parfois aussi à faire des opérations inutiles et dangereuses pour ne pas contrarier son correspondant. »

Ce caractère de profession libérale qui exclut aussi jalousement toute compromission commerciale, va dominer l'étendue entière de notre recherche et influencer profondément sur la détermination finale de la nature du contrat.

(9) Le Gendre : *La vie du médecin*, Paris, 1931, p. 384.

(10) Le Gendre, *op. cit.*, p. 410. Mais la clandestinité est-elle même nécessaire à cette prohibition ?

(11) P. Delbet : *La responsabilité du chirurgien*, « Revue de Paris », 1<sup>er</sup> mars 1911.

(12) Planiol, Ripert et Esmein : *Traité pratique de droit civil*, tome VI, Paris, 1930, 239.

(13) Trib. Civ., Périgueux, 23 juin 1928 : D<sup>r</sup> Arlet c/Solbreux, S. 1928, 2.155.

PREMIERE PARTIE

*La formation du contrat  
et les problèmes du consentement*



## PREMIERE PARTIE

### LA FORMATION DU CONTRAT ET LES PROBLÈMES DU CONSENTEMENT

4. Pour déterminer la nature des rapports qui unissent le chirurgien et son client, il importe tout d'abord d'examiner les circonstances dans lesquelles se nouent leurs relations. Quelles sont les personnes dont le consentement est nécessaire pour qu'intervienne une convention valable, laquelle ensuite sera génératrice pour les parties d'obligations bien définies ? Quelles peuvent être les conséquences juridiques du refus par le médecin de donner ses soins, alors même qu'aucun lien de droit n'a été formé ? Sur quelles conditions et avec quelles précisions les parties en cause doivent-elles tomber d'accord ? Tels sont les problèmes qui commandent l'attention au début de l'étude du contrat d'opération chirurgicale, et qui font corps avec elle. L'analyse des règles qui, dans cette activité professionnelle spéciale, s'imposent aux parties, nous fournira, là aussi, des éléments permettant la classification juridique de ce contrat.



## CHAPITRE PREMIER

### LES PARTIES CONTRACTANTES

5. *Nécessité du consentement des parties pour la formation du contrat.* — Pour qu'un contrat puisse naître, il faut un accord de volontés. Le consentement des parties suffit en général pour former le contrat. Seuls les contrats, dit solennels ou réels, nécessitent en outre un autre élément, formalité ou prestation. Ce n'est pas le cas des contrats consensuels parmi lesquels se range la convention liant le médecin et son client.

Pour que le consentement soit complet, il faut qu'il émane de toutes les parties qui doivent intervenir. Il faut aussi que l'objet de la convention soit bien précisé dans l'esprit des contractants. Nous verrons toutefois qu'il importe d'être aussi large que possible, étant donné la nature particulière du contrat, à la fois dans l'appréciation de savoir qui doit consentir et dans la définition de l'objet de la convention.

6. *Consentement et honoraires.* — Le consentement est donc nécessaire pour créer l'*obligation*, pour déterminer l'exécution même de ce qui a été projeté. Mais il importe de ne pas confondre cette idée avec celle de *contribution* qui se pose lorsqu'il s'agit de savoir qui peut être tenu des honoraires. Lorsque les personnes qualifiées pour donner leur consentement se sont mises d'accord pour qu'il soit procédé à une opération chirurgicale, le chirurgien qui a accepté est tenu de donner ses soins, et il est, sauf convention contraire, en droit d'obtenir une rémunération. Mais celui qui doit payer les honoraires n'est pas forcément celui qui a dû consentir à l'opération. Un tiers peut être tenu, en raison de liens de droit qui l'unissent au malade, même si son consentement n'a pas été nécessaire.

Le problème du consentement n'est donc pas celui des honoraires. En le résolvant, on aura précisé les obligations réciproques

des parties. On n'aura pas déterminé la contribution des débiteurs. D'autres règles y pourvoiront que nous examinerons plus loin (1).

## SECTION I

### MALADE

7. *Malade lucide.* — Normalement, c'est le patient lui-même, s'il est lucide et majeur qui doit donner son consentement à l'opération.

Encore faut-il que ce consentement soit suffisamment éclairé. Le malade doit être mis, *grosso modo*, au courant de la nature de l'opération et des risques qu'elle peut entraîner pour lui (2). Il a été révélé contre un médecin, qui aux débuts de la radiographie, avait appliqué à un malade un procédé nouveau qu'il connaissait mal, le fait de n'avoir pas avisé son client des risques que celui-ci était exposé à courir (3). M. Perreau, commentant cet arrêt, a toutefois précisé que, tant que le malade n'était exposé à aucun risque par les procédés employés et qu'il acceptait les soins, il était censé autoriser le médecin à l'emploi de ses procédés sans que l'homme de l'art fût tenu de lui en référer. S'il y a des risques sérieux, il faut tenir le malade au courant, et lui donner d'autant plus de précisions qu'il est d'une condition assez fruste pour ne pas se rendre compte de la situation (4).

Mais il peut se trouver que les risques courus soient relativement minimes, et que mettre le patient avec précision au courant de toutes les éventualités possibles augmenterait même les dangers de l'opération en augmentant l'impressionnabilité du malade. En matière de chloroformisation notamment, il a été jugé (5)

(1) Cf. *Infra*, Nos 70 et suiv.

(2) Trib. Civ. Seine, 22 décembre 1932 : Dame Crawford c.-Dr Heitz-Boyer, G. P. 23 octobre 1933, sous-note C.

(3) Aix, 22 oct. 1906 : Dr Chini c/Cocconi, D. 1907. 2. 41, n. Mérignhac, S. 1909. 2. 321, n. Perreau.

(4) Cependant le fait de solliciter l'intervention, sur l'avis, émis par d'autres médecins, que l'état du malade nécessitait le recours à un spécialiste, suffit pour établir qu'un consentement libre et éclairé a été donné à une opération périlleuse. Cass. Req., 31 octobre 1933 : Vve S... c/Dr X... Dh. 1933. 537.

(5) Amiens, 14 février 1906 : Dr Bours c/consorts Prévost, D. 1907. 2. 44, note Mérignhac, S. 1909. 2. 225, note Perreau.

que les chances de mort sont des plus restreintes et que le danger d'une mort subite, paraissant résider surtout dans l'impressionnabilité personnelle du patient, serait augmenté si on le prévenait de tous les périls médiats ou immédiats auxquels peut l'exposer, hypothétiquement d'ailleurs, l'emploi de l'anesthésie. Par conséquent, il n'est pas nécessaire à l'opérateur de faire à son client, préalablement à l'intervention, un exposé scientifique et complet des risques créés par la chloroformisation (6).

Lorsque le médecin sait que son intervention peut faire courir des risques, il doit en aviser le malade pour que le consentement de celui-ci soit éclairé. A plus forte raison le consentement n'est-il pas valable, s'il a été extorqué par le médecin, dans un but lucratif, pour une opération inutile, en trompant son client sur la nature exacte de la maladie dont souffrait celui-ci (7).

Et si le malade, aussi lucide qu'on puisse l'être dans certains cas graves, refuse l'opération que, de son côté, le chirurgien juge indispensable pour sauver la vie de son client ?

Juridiquement, le praticien ne saurait que s'incliner, et de ce point de vue nul n'y pourrait rien trouver à redire. M. Le Gendre écrit lui-même (8) : « Nous ne pouvons qu'insister avec énergie, montrer d'un côté la mort prochaine et certaine, de l'autre la guérison assurée, mais nous ne pouvons opérer par contrainte ».

Toutefois, M. Balmay (9) voit là une contrainte morale pour le médecin et estime que la plus grande liberté d'agir doit lui être laissée. Et le Professeur Jean-Louis Faure (10) revendique hautement le droit de pouvoir opérer, malgré le refus du patient, au nom d'une conception morale très élevée.

Il est évident qu'un individu, qui prétend obéir à sa conscience, peut tout faire en toute circonstance, quitte à rendre compte de ses actes devant les tribunaux, s'ils ont été la source d'un pré-

(6) Dans ce dernier ordre d'idées cf., Liège, 30 juillet 1890, D<sup>r</sup> Deschamps c/Demarche D., 1891, 2.281.

(7) De tels faits sont heureusement exceptionnels. Cf., toutefois, Cass. Crim., 16 avril 1921 : Docteurs Croso et Latour, D. 1921. 1. 184.

(8) Le Gendre : *La Vie du Médecin*, Paris, 1931, t. 1 du « Traité de Pathologie Médicale et de Thérapeutique appliquée » de Sergent, Ribadeau-Dumas et Babonneix, pages 325 et suiv.

(9) Balmay : *La responsabilité médicale et le secret professionnel*, thèse droit, Paris, 1909. 68.

(10) J. L. Faure : *L'âme du chirurgien*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1927, p. 13.

judice pour quelqu'un ou pour la société. C'est donc, au fond, au moment de cette reddition de comptes qu'il faut se placer pour apprécier la situation juridique.

Impossible ici de suivre les règles des contrats. Il n'y a pas de convention, puisque le malade a refusé de contracter, puisqu'il a refusé de façon totale les soins du chirurgien. Le chirurgien, pas plus que le client, n'est soumis à aucune obligation contractuelle. Il est placé sous le régime du droit commun. Or, il importe de se rappeler que, sous ce régime, des sanctions civiles (11) ne sont possibles que si un préjudice a été commis. La faute résultera de la contravention à la volonté du malade. Mais elle ne sera sanctionnée que s'il en est résulté un dommage pour le patient. Le seul fait de la contravention ne pourra suffire à donner ouverture à un droit à des dommages-intérêts.

C'est donc à ses risques et périls qu'il agit. Il peut rendre un service à un tiers, même si celui-ci le refuse. Mais si, en le tentant, il lui cause au contraire un préjudice, si l'opération ne réussit pas, sa responsabilité est engagée de façon complète.

Signalons qu'il en est de même au cas où le patient ne s'est pas formellement opposé à une mesure prise par le médecin. Si celui-ci, spécialiste, n'a été chargé par le patient et son médecin traitant que d'une intervention nettement déterminée, qu'il se livre néanmoins, sans nécessité absolue, à une activité dépassant les limites de sa mission, et qu'un dommage causé au client soit la conséquence directe de ces agissements ne renfermant par eux-mêmes aucune erreur technique, il a été jugé que le médecin pouvait être condamné à des dommages-intérêts (12). On peut d'ailleurs se demander où est la faute en l'occurrence, le patient n'ayant pas décliné formellement l'intervention (au sujet de laquelle il n'était, il est vrai, sans doute pas clairement informé), et, aucune imprudence, erreur ou négligence n'étant relevée à l'encontre du médecin. Une telle jurisprudence ne pourrait se justifier que par l'idée de responsabilité contractuelle. L'obligation contractée par le médecin était limitative et la faute, l'exécution défectueuse du

(11) Dans une espèce qui se rapproche de cette hypothèse, la Cour d'Alger (17 mars 1894: B... c/dame M... et D<sup>r</sup> R..., D. 1895. 2. 69) s'est refusé à voir une faute *pénalement* punissable dans le simple fait d'opérer un enfant malgré le refus des parents.

(12) Paris, 17 juillet 1936, D... c/D<sup>r</sup> F..., Dh. 1936. 498.

contrat, consisterait à avoir dépassé les bornes qui lui avaient été assignées (Cf. infra n° 37).

Le médecin, ayant passé outre à la volonté du malade, pourrait alors être soumis aux règles de la responsabilité quasi-délictuelle. Sa responsabilité serait en fait beaucoup plus sévèrement appréciée. L'erreur de diagnostic, par exemple, pourrait lui être imputée à faute (ce qui n'est pas le cas, en général, sauf erreur inexcusable).

S'il réussit au contraire, il est évident qu'il ne saurait être frappé d'aucune sanction. Le malade ne serait certes pas fondé à se plaindre ! Mais comme celui-ci aurait refusé de contracter une obligation civile, on ne pourrait le contraindre à verser des honoraires (qui, du point de vue moral, seraient évidemment amplement justifiés), qu'en employant l'action *de in rem verso*.

Il y a cependant là une série de risques que devrait envisager, avant d'opérer dans un cas semblable, un chirurgien aussi résolu (13). Il est vrai qu'il ne ferait, en agissant de la sorte, qu'appliquer le très beau précepte de Hafeland : « Quand le malade est en danger, risque tout pour le sauver, même ta réputation ».

8. *Malade inconscient*. — Le patient peut être, du fait même de la maladie, hors d'état d'émettre un avis conscient. C'est alors à ses proches, à sa famille ou à ses amis, à ceux sous la protection de qui il se trouve, à ceux qui ont appelé le médecin, de prendre les décisions qui s'imposent. Il ne semble pas s'être élevé souvent de contestations à ce sujet, et on peut dire que les tiers se substituant à la volonté défaillante du malade accomplissent dans son intérêt un acte de gestion d'affaires (14).

Il y a gestion d'affaires, écrivent MM. Planiol et Ripert (15), « toutes les fois qu'une personne accomplit un acte juridique dans l'intérêt d'autrui sans en avoir été chargée ». Les tiers engagent ainsi celui pour lequel ils accomplissent un acte utile. Ils forment

(13) Pierre Garraud et Laborde-Lacoste : *Le rôle de la volonté du médecin et du patient, quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale*, Paris, 1926, 11, recommandent à ce chirurgien d'agir prudemment et de demander l'appréciation d'un confrère.

(14) Paris, 3 mai 1934 : Dr S... c/V..., Dh. 1934, 418.

(15) Planiol et Ripert : *Traité élémentaire de droit civil*, tome II, 10<sup>e</sup> édit., 2273.

pour lui une convention valable, génératrice d'obligations. En effet celui dont l'affaire a été utilement gérée « est tenu personnellement de remplir tous les engagements qui ont été pris pour lui par le gérant, comme s'il les avait pris lui-même ou comme s'il avait chargé le gérant de les prendre en son nom. La ratification équivaut au mandat, dit un ancien adage... et l'utilité de la gestion équivaut à la ratification » (16).

Parmi ceux qui peuvent ainsi être appelés à prendre une décision opératoire au nom du malade incapable de le faire lui-même, il faut compter le médecin traitant, qui appelle le chirurgien en consultation.

D'ailleurs, en tout état de cause, « l'assistance du médecin à l'opération est de règle. Il a pris sa part de responsabilité en la conseillant ou en l'approuvant; il doit donc par sa présence en sanctionner l'exécution... Il importe que le chirurgien, en cas d'insinuations..., explique avec autorité que la présence du médecin lui est indispensable comme représentant de la famille qui ne doit en aucun cas assister à l'opération, et dont l'avis lui est nécessaire, lorsque surgit la nécessité de telle ou telle décision à prendre d'urgence en cas de circonstances imprévues » (17).

Il en sera de la convention passée par le gérant d'affaires, comme si elle avait été contractée par le malade lui-même, qui sera notamment tenu personnellement du paiement des honoraires.

Un large pouvoir d'appréciation doit au demeurant ici encore être accordé au chirurgien, et l'on ne doit pas perdre de vue le principe communément accepté selon lequel l'urgence dispense du consentement (18). C'est alors l'opérateur lui-même qui devient en quelque sorte le gérant d'affaires.

Que le malade inconscient soit représenté par ceux de ses proches sous la surveillance de qui il se trouve, ou qu'il soit soigné par un chirurgien inconnu de lui dont l'intervention spontanée est commandée par l'urgence, on assiste à la naissance d'un contrat (19). Le consentement n'a pas pu être expressément

(16) Planiol et Ripert, op. cit., 2281.

(17) Le Gendre : *La Vie du Médecin*, Paris, 1931, p. 440.

(18) Planiol, Ripert et Esmein : *Traité Pratique de Droit Civil*, tome V, Paris 1930, 526.

(19) Trib. Civ. Chalon-s/-Saône, 13 octobre 1936, G. P. 1936. 2. 853 : Dr Perrin c/Saint Bonnet.

donné, mais il doit être présumé, puisque c'est l'intérêt même du malade qui commande l'intervention médicale. Ou plutôt la gestion d'affaires qui aboutit à cette intervention sera alors, de part et d'autre, génératrice d'obligations.

9. *Aliéné.* — Si le malade est atteint d'aliénation mentale, il faudra suivre les règles sur la condition juridique des aliénés, et faire jouer, aux organes légaux de protection de l'incapable, le rôle qu'ils doivent remplir (20) : tuteur de l'interdit, administrateur provisoire, ou, à Paris, directeur de l'Assistance Publique, pour les internés. Pour les aliénés non interdits, ni internés, la question est plus délicate, ainsi qu'il arrive toujours pour eux. Si l'aliéné se trouve dans un intervalle lucide, c'est bien entendu son propre consentement qui est nécessaire et suffisant. Sinon, il n'y a qu'à se reporter aux règles rappelées dans le paragraphe précédent au sujet des malades momentanément hors d'état d'émettre une opinion consciente.

Certains auteurs (21) sont troublés lorsque l'autorisation doit être donnée par des personnes qui, étant loin d'avoir le même intérêt que l'aliéné, peuvent être mal intentionnées. On ne peut cependant que s'en remettre aux règles légales qui déterminent le statut de l'aliéné. Mais nous nous trouvons dans un domaine spécial où il faut faire une très large confiance à l'une des parties, au médecin. On peut donc, si celui-ci se trouve en présence d'une situation véritablement scandaleuse et d'une indication opératoire absolue, lui suggérer de suivre, s'il en a le pouvoir matériel, l'exemple rappelé plus haut du Professeur Jean-Louis Faure et de n'écouter que la voix de sa conscience.

10. *Mineur.* — Un mineur est incapable de contracter. Le consentement de ses représentants légaux est donc indispensable. Il faut suivre ici en principe les règles du droit commun.

La preuve du consentement peut résulter du simple fait par les parents d'accompagner l'enfant à la clinique où ils savent que doit avoir lieu l'opération. Il y a ainsi, de leur part, une

(20) P. Garraud et Laborde-Lacoste : *Le rôle de la volonté...*, Paris, 1926, 8.

(21) Cf. notamment, Hay : *De la Responsabilité Civile des Médecins*. « Thèse Médecine », Paris 1925, ch. V, pages 111 et suiv.

ratification, au moins tacite, et du choix du chirurgien, et de la nécessité de l'opération (22).

Mais que doit-il en être si le mineur manifeste une volonté contraire à celle de ses parents ou autres représentants légaux ?

Normalement, on ne devrait y attacher aucune importance. Mais le contrat que nous étudions ne semble pas pouvoir obéir strictement aux règles établies, en raison du caractère particulier des intérêts en jeu. Il a comme objet en effet, la sauvegarde de l'intégrité de la personne humaine. La volonté de l'être dont les intérêts primordiaux sont en jeu doit être respectée dans la mesure où elle est lucide et suffisamment compréhensive de ces mêmes intérêts, dans la mesure où il n'est pas déraisonnable que le malade se refuse à subir les souffrances physiques inhérentes à toute intervention chirurgicale (23).

L'enfant peut refuser de subir une opération acceptée par ses parents. « Le Comité Consultatif de l'Assistance Publique, à Paris... (conseille alors) au médecin de rechercher chez l'enfant une volonté consciente et libre, comme le juge en matière pénale, l'invitant à pécher plutôt par réserve que par excès » (24). Il est évident qu'il ne doit pas agir en l'espèce d'un enfantillage, ou d'une appréhension peu raisonnable si fréquente chez les enfants.

Mais on peut rencontrer l'hypothèse contraire, qui paraît d'ailleurs exceptionnelle, telle, par exemple, que l'expose, d'une façon émouvante le docteur Lucien Picqué (25). Sur un brancard arrive à l'hôpital, accompagnée par sa famille, une jeune fille d'une rare beauté, âgée de 20 ans et demi. Le chirurgien diagnostique avec certitude un ostéo-sarcome de l'extrémité inférieure du fémur. L'opération est urgente et indispensable. Le père déclare pourtant avec fermeté préférer pour sa fille la mort à l'amputation. La malheureuse, angoissée et désespérée, supplie

(22) Trib. Civ. Marseille, 26 avril 1924 : époux Morie c/D<sup>r</sup> J..., G. P. 1924. 2. 162. — Trib. Civ. Seine, 31 déc. 1928 : Docteurs Lauret et Damas c/époux Roy de Jonchères, « Semaine Juridique », 1929, 1, 250.

(23) Ce qui compte c'est le degré de discernement de l'enfant, XVI<sup>e</sup> Congrès de Médecine légale française, Paris, 4, 5, 6 mai 1931 ; rapport de MM. Donnedieu de Vabres, Duvoir et Desoille sur la responsabilité médicale, communiqué par le « Monde Médical ».

(24) P. Garraud et Laborde-Lacoste : *Le rôle de la volonté...*, Paris 1926, 8.

(25) L. Picqué : *A propos du droit du père de famille sur ses enfants*, « Presse Médicale », 25 mars 1911.

son père de la laisser opérer, en déclarant qu'elle veut vivre, même amputée, et qu'elle a l'âge de raison. Le père demeure inflexible et ramène sa fille sur le champ.

Nous nous trouvons, au fond, placés ici devant une espèce semblable à celle qu'envisage avec tant de résolution le Professeur J.-L. Faure. Ici l'éminent chirurgien serait sans doute d'avis d'opérer avec peut-être encore moins d'hésitation.

Mais il y a maintenant un moyen d'agir dans des conditions juridiques normales, car l'autorité des parents n'est plus illimitée. Il est possible de demander au Parquet de faire jouer le paragraphe 6 de l'article premier de la loi du 24 juillet 1889, modifiée par celle du 15 novembre 1921, qui prévoit que peuvent être déchus de la puissance paternelle, les père et mère qui compromettent par un défaut de soins, la santé de leurs enfants. Pendant l'instance, la Chambre du Conseil peut ordonner, relativement à la garde des enfants, telles mesures provisoires qu'elle juge utiles (art. 5 de la même loi). L'opération, si elle est commandée par une impérieuse nécessité, paraît donc pouvoir être autorisée de la sorte et être pratiquée de la façon la plus régulière.

11. *Femme mariée.* — Dans le droit antérieur à la loi du 18 février 1938, la femme mariée était, elle aussi, un incapable. Mais l'évolution des mœurs précédant l'évolution législative, tendait déjà avant 1938, à assigner à cette incapacité, ou plutôt comme on l'a dit (26) cette « dépendance », un caractère uniquement patrimonial. Ainsi que l'a fait observer Laurent (27), l'incapacité de la femme n'avait pas d'autre raison d'être que les droits qu'elle avait accordés à son mari sur ses biens. Il est des droits que la femme n'avait pas pu aliéner par le mariage : ceux relatifs à la puissance paternelle, au testament, aux biens réservés, à l'affiliation à un syndicat professionnel, à certaines actions en justice (défense en matière criminelle), etc...

Dans le nombre, il faut évidemment ranger les droits qu'elle possède sur son corps.

Une jurisprudence a donc pu, antérieurement à 1938, se former dans un sens favorable à la capacité de la femme mariée

(26) P. Gide : *Condition privée de la femme*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1885, p. 371.

(27) Laurent : *Avant projet de révision du Code Civil*, Bruxelles, 1882-1885, t. I., p. 444.

pour ce cas spécial. Bien que la question n'ait plus d'intérêt pratique à l'heure actuelle, il ne nous paraît pas inutile de citer ici cette jurisprudence et la doctrine qui l'accompagnait. Une semblable étude nous permettra, en effet, d'apercevoir ici quelques-unes des raisons qui assignent au contrat d'opération chirurgicale une place un peu spéciale, en dehors de la classification habituelle des contrats, puisque, alors que la femme était un incapable, il était nécessaire d'admettre des dérogations à cette règle en faveur de notre contrat.

Le mari ne pouvait pas prendre de décision à la place de sa femme.

Ainsi, bien entendu, le mari ne pouvait faire subir à une femme consciente une opération que celle-ci eût refusé. Le mari assistait sa femme mais ne la représentait pas (28). Le consentement du mari ne pouvait se substituer à celui de la femme.

Mais, en revanche, la femme mariée pouvait valablement décider seule de subir une opération (29). La convention passée avec le chirurgien, dans ces conditions, devait être régulière. La partie qui contractait avec le chirurgien étant la femme et non son mari, le consentement qui devait être entier et exempt de vices, c'était celui de la femme et non celui de son mari. Peu importait en conséquence, pour la validité du contrat, si la femme avait été opérée en pleine connaissance de cause, que le mari n'eût pas été exactement renseigné sur les conséquences de l'intervention. C'est pourquoi le Tribunal de la Seine nous paraît-il avoir fait fausse route (30), lorsqu'après le décès de l'opérée qui avait demandé au chirurgien de ne pas effrayer son mari, il subordonnait le paiement des honoraires du chirurgien à la preuve que le mari avait été complètement éclairé.

On doit même dire, en tirant jusqu'au bout les conséquences de ce principe, que la convention était valable, même en cas

(28) Henri Lalou : *La responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1932, 770.

(29) Balmay : *La responsabilité médicale et le secret professionnel*, thèse droit, Paris, 1909. 72. — P. Garraud et Laborde-Lacoste : *Le rôle de la volonté...*, Paris 1926. 8. Cf. cependant *contra*: Brouardel : *L'exercice de la Médecine et le Charlatanisme*, Paris, 1899, p. 365. — Hay : *De la responsabilité civile des Médecins*, thèse médecine, Paris, 1925, ch. V, p. 111 et suivantes.

(30) Trib. Civ. Seine, 15 mars 1937, G. P., 4 octobre 1937, s/note : Bricard c/docteurs P... et R...

d'opposition du mari à l'opération voulue par sa femme pour elle-même.

La seule question qui pouvait se poser pour le mari, et qui se pose encore, la loi de 1938 n'ayant rien modifié sur ce point, était celle de sa *contribution* aux honoraires. Nous aurons à l'examiner en son temps (31). Mais indiquons dès à présent que le défaut d'autorisation du mari le dispensera du paiement des honoraires, s'il s'agit d'une opération en quelque sorte somptuaire (simple correction d'une imperfection physique, par exemple) (32), mais qu'en cas d'opération nécessaire et urgente, s'il ne met pas lui-même sa femme en mesure de recevoir les soins que nécessite son état, ses protestations seront inopérantes et il sera été tenu vis-à-vis du chirurgien, en vertu même de son obligation d'assistance (33).

La conséquence à tirer de l'ancienne condition juridique de la femme mariée était donc et reste la suivante : le défaut d'autorisation ne touche pas au fond du droit et n'affecte en rien la validité du contrat, mais peut seulement, le crédit du mari n'étant pas expressément ou tacitement engagé, dispenser le mari de la contribution aux honoraires, pour autant toutefois qu'il n'y soit pas contraint par le jeu de ses obligations légales vis-à-vis de sa femme.

## SECTION II

### MÉDECIN

12. *Absence de sollicitation de la part du malade.* — Il est une autre personne dont nous devons envisager le consentement. Pour qu'une convention synallagmatique soit parfaite, il faut le concours de deux volontés. Nous avons examiné les problèmes suscités du côté du patient. La volonté du chirurgien ne doit pas non plus être négligée.

Si le chirurgien n'est pas sollicité, s'il n'a pas donné ses soins, il n'y a pas de contrat, ni d'application de règles qui pourraient en découler.

(31) Cf. *infra*, N° 71.

(32) Trib. Paix, Toulouse, 26 octobre 1933 ; Dr Dieulafé c/Pénic, D. 1933, 2, 107 ; note de M. Nast.

(33) Dijon, 21 juin 1932 : Hénimann c/Dr Feuillade et dame Hénimann, S. 1932, 2, 209.

Il est assez étrange qu'une telle question puisse se poser. Elle est plus facilement concevable en médecine qu'en chirurgie. et c'est effectivement au profit d'un médecin que l'on trouve une décision de justice consacrant ce principe (34).

Un médecin, qui a eu à donner une consultation dont l'objet a été rempli, et qui n'a plus eu ensuite de rapports avec le malade, si ce n'est parce qu'il a indiqué le nom d'un autre consultant et parce que la famille lui a communiqué, *proprio motu*, des feuilles de température, n'est tenu vis-à-vis du malade d'aucune obligation contractuelle. Il n'a pas accepté de donner ses soins postérieurement à sa consultation et n'a pas participé au diagnostic qui a pu être porté par d'autres de ses confrères. Il ne peut donc lui être fait grief de n'avoir pas rectifié ce diagnostic, s'il était erroné, ni conseillé un autre traitement.

13. *Refus de soins en dehors de toute convention.* — Mais si un malade sollicite pour la première fois un médecin de lui donner ses soins, l'homme de l'art peut-il refuser ? Le docteur Le Gendre, soulignant l'angoisse de l'attente chez les malades, voit pour le médecin l'obligation morale d'accourir rapidement. « Voici le premier appel d'un malade qui ne peut se déplacer et demande le nouveau médecin. Ce serait aussi absurde que malhonorable de tarder, sous un prétexte quelconque, à s'y rendre. Quand un malade fait demander un médecin inconnu, c'est le plus souvent qu'il éprouve le besoin physique ou moral d'être immédiatement soulagé... La seule présence du médecin est... déjà un soulagement et son retard une souffrance » (35).

Juridiquement, cependant, la question présente un autre aspect. Alors que deux parties ne sont liées par aucun contrat, l'offre de l'une ne peut lier l'autre, laquelle n'est pas tenu d'accepter. Les médecins ne jouissant d'aucun monopole d'ordre territorial, il n'y a aucune raison d'instituer à leur égard une dérogation au droit commun des contrats. Ainsi, même au cas où un médecin est seul dans une localité à exercer son ministère, on ne saurait strictement lui reprocher de refuser de se rendre à l'appel d'un malade. C'est l'avis qu'avait donné, au milieu du

(34) Trib. Civ. Seine, 13 janvier 1934 : époux Breissan c/docteurs Chevret, Brelet et Lemierre, G. Tr., 1934, I, 2.130.

(35) Le Gendre : *La Vie du Médecin*, Paris, 1931, p. 269.

siècle dernier, le bureau de l'Association des Médecins de la Seine (36). Le médecin peut d'ailleurs être contraint de le faire, dans certains cas, sur réquisition de l'autorité administrative, aux termes de la loi du 30 novembre 1892. Mais alors le problème est différent, et nous ne sommes plus sur le plan des obligations civiles.

C'est, en vertu de ces principes, qu'un jugement du Tribunal de Chateauroux (37), infirmé cependant par la Cour d'Appel de Bourges (38), ne fit pas grief à un médecin, qui s'était heurté de la part d'un client, à des difficultés de paiement, d'avoir écrit à tous ses confrères de la ville une lettre mesurée dont le résultat fût qu'un grand nombre d'entre eux refusèrent leur assistance à la personne visée. Et l'on ne voit pas en quoi ce médecin a commis une faute ou abusé de son droit comme le laisse entendre la Cour, à tort selon nous (39). Sans doute l'idée d'une grève des médecins est-elle un peu choquante pour notre sensibilité. Sans doute, le médecin aurait-il pû conseiller, par exemple, la réclamation, par tout médecin appelé chez le client en question, d'un paiement d'avance, par dérogation aux usages professionnels, au lieu du refus collectif.

Juridiquement, on ne peut voir une faute dans le refus opposé à quelqu'un avec qui le médecin n'a passé aucun contrat.

Il ne faut d'ailleurs pas oublier que si le médecin a des devoirs envers la clientèle, il en a également envers ses confrères, comme dans toute profession libérale directement en rapport avec le public. Ainsi, il est d'usage, sauf en cas d'extrême urgence, qu'un médecin n'accepte pas de se substituer d'office, dans le traitement d'un malade, à un confrère aux soins duquel le malade était précédemment confié. Le médecin qui, dans ces conditions, refuse ses soins à un malade, dont le précédent médecin traitant n'a pas donné son accord à la substitution, observe

(36) Rapporté sous Amiens 16 novembre 1857 : Dr Robouam c/Le-maire, G. Trib., 5 déc. 1857.

(37) Trib. Civ. Châteauroux, 1<sup>er</sup> août 1908 : Segaud-Fouassier c/D<sup>r</sup> Babon. La Loi, 19 novembre 1908.

(38) Bourges, 3 août 1909, G. P., 14 décembre 1909.

(39) C'est également l'opinion de MM. Donnedieu de Vabres, Duvoir et Desoille, rapporteurs du XVI<sup>e</sup> Congrès de Médecine Légale Française, rapportée par le « Monde Médical ».

done une attitude correcte et strictement conforme à son devoir professionnel et confraternel (40).

Quand, dès lors, peut-on soutenir, en l'absence de toute convention, que le médecin n'est pas tenu de prodiguer ses soins ? La jurisprudence est allée assez loin, dans le sens favorable au corps médical.

Il n'y a pas abandon du malade en cours d'opération, a-t-il été jugé (41), si l'opération n'est pas en réalité effectivement commencée et si le chirurgien s'est retiré après s'être borné à un acte préliminaire et préparatoire dont elle n'est pas la suite forcée et qui, en cas de non exécution, n'est générateur d'aucun préjudice pour l'opéré. Ainsi en va-t-il, par exemple, du prélèvement d'un fragment de cartilage costal et sa transplantation sous la peau du bras, antérieurs à une rhinoplastie projetée. Le chirurgien ne s'est alors engagé qu'à pratiquer cette opération préliminaire et non pas l'opération terminale.

Il en est de même si, au contraire, l'opération est terminée et s'il se produit une complication dont la cause a pu ne pas être aperçue par l'opérateur au moment où elle s'est produite. Le chirurgien n'ayant alors été rappelé ni par la famille, ni par les médecins traitants, ne peut subir le reproche de ne pas être revenu voir le malade et de l'avoir abandonné (42). Il n'était plus tenu vis-à-vis de celui-ci d'aucune obligation.

14. *Abandon du malade postérieurement à une convention.* — La situation n'est, par contre, plus la même, lorsqu'un médecin s'est engagé à soigner un malade, et c'est ce qui marque l'importance des problèmes suscités à la formation du contrat, lors de l'échange des consentements. Il ne peut alors arbitrairement revenir sur son consentement en refusant un beau jour de se rendre à l'appel du client, au cas d'une évolution grave et inattendue de la maladie (43).

L'obligation contractée par lui est celle de donner ses soins. S'il les refuse, il manque à ses engagements. Et au cas où l'on

(40) Trib. simple police Sèvres, 19 mars 1937 : Dr Veslot c/Crussol, Gaz. Trib., 15 mai 1937. \*

(41) Trib. Civ. Seine, 31 mars 1908 : dame Linder c/professeur Berger. « Le Droit », 12 août 1908.

(42) Cass. Req., 31 octobre 1933 : Vve S... c/D<sup>r</sup> X..., Dh. 1933, 537.

(43) Trib. Civ. Seine, 4 janvier 1938. G. Trib., 24 février 1938 : Bekenstein c/D<sup>r</sup> Batisse et la Foncière.

reproche au débiteur d'une obligation de ne pas l'avoir exécutée, c'est alors à lui à prouver sa libération, ou à établir qu'une cause légitime l'exonère de son obligation (44). On doit ici appliquer de la façon la plus simple les règles quasi-géométriques des obligations et de la responsabilité contractuelle.

Bien entendu, le contrat existe dès lors qu'il est aussi conclu par le médecin avec une personne ou un organisme stipulant pour une collectivité de malades (bureau de bienfaisance d'une commune pour ses indigents (455), chef d'entreprise pour ses employés (46), compagnie de navigation pour ses passagers) (47). Il existe encore, s'il a été tacite et si « son existence peut être reconnue lorsqu'il est constant que le médecin a pris le malade en quelque sorte en charge, soit parce que ce malade est un client habituel, soit parce qu'il résulte des circonstances que le médecin devait assurer le traitement pendant toute la durée de la maladie » (48). Si le médecin tarde à se rendre à l'appel de ceux pour les soins desquels il s'est engagé forfaitairement, il manque de même à ses obligations contractuelles. De même encore, s'il s'absente de son domicile en ne donnant pas son adresse ou en ne faisant pas assurer son service par un remplaçant, mettant ainsi ses clients dans l'impossibilité de recevoir des soins qu'il s'était engagé à leur fournir (49).

C'est alors à lui à prouver, s'il le peut, que son intervention n'eût pas empêché le préjudice (mort ou aggravation de l'état de santé du malade).

Il nous paraît ainsi impossible d'admettre la théorie que l'on rencontre dans certains arrêts (50) qui donnent gain de cause au médecin si « il n'est pas établi que la mort soit le résultat du

(44) Cf. Balmay : *La Responsabilité Médicale* ; Thèse droit, Paris, 1909, 92.

(45) Trib. Civ. Cambrai, 15 mars 1900 : Veuve Legrand c/D<sup>r</sup> T... « Le Droit », 12 juillet 1900.

(46) Pau, 30 juin 1913 : D<sup>r</sup> Ribeton et Cie Chem. de F. du Midi c/dame Duvigneau, S. 1913. 2. 277.

(47) Trib. Civ. Marseille, 10-2-38, G. P. 2-6-38, sous-note : Granier c/D<sup>r</sup> V... et Cie Navigation Paquet.

(48) Trib. Civ. Seine, 30 juin 1932, G. Trib., 32, 2, 2, 132 : Mangeol c/D<sup>r</sup> Ferrand.

(49) Trib. Paix Marseille, 15 déc. 1909 : D<sup>r</sup> Y... c/X..., D. 1911. 5. 21.

(50) Amiens, 16 nov. 1857 : D<sup>r</sup> Robouam c/Lemaire, G. Trib., 5 déc. 1857. — Pau, 1<sup>er</sup> mai 1900 : Vve Montastier c/D<sup>r</sup> A..., D. 1902. 2. 33, note signée A. L.

défaut de soins » ou si le demandeur n'établit pas : « 1° que c'est volontairement que l'homme de l'art ne s'est pas rendu auprès du malade; 2° que ses soins auraient certainement sauvé la vie du patient; 3° enfin, que s'il n'avait pas promis de venir, on aurait pû s'adresser à un autre médecin » (!). De telles conditions imposées au créancier d'une obligation sont absolument contraires au droit commun des contrats et aux exigences de la logique.

Mais en tenant compte du caractère particulier de la profession médicale, il y a lieu, de même que pour l'examen de l'étendue du préjudice résultant directement de l'abstention du médecin, d'être assez large dans l'appréciation des causes que le médecin peut invoquer comme l'ayant légitimement déchargé de son obligation.

Le médecin, par exemple, s'il s'est engagé à donner ses soins, n'a pu par avance établir l'instant précis auquel il se consacrerait à chacun de ses clients. Si, alors qu'il devrait déférer à l'appel de l'un d'eux, il est appelé d'urgence au secours d'un autre encore plus gravement atteint, il faut reconnaître, avec M. Manche (51), que le médecin, en pareil cas, ne doit consulter que sa conscience.

C'est l'application de cette idée que semble avoir envisagée, en cas d'épidémie, le Tribunal de la Seine, dans le jugement cité plus haut (52), en même temps qu'il émettait des considérations beaucoup plus discutables sur la nécessité de prouver que l'abandon a été la cause du décès du malade, considérations d'ailleurs inutiles, même si l'on voulait rendre une décision favorable au médecin, puisque l'on admettait, très équitablement, l'application automatique d'une cause d'exonération.

Enfin, le médecin est fondé à cesser ses soins si, de son côté, le client ne remplit pas vis-à-vis de lui les obligations qu'il a également assumées.

C'est ainsi que, des rapports de confiance devant se nouer entre le client et son médecin, le médecin pourra se retirer s'il ne trouve pas chez le malade un accueil conforme à sa dignité,

(51) E. L. Manche : *La responsabilité médicale au point de vue pénal*, Thèse droit, Paris, 1913, p. 145.

(52) Trib. Civ. Seine, 30 juin 1932 : Mangeot c/D<sup>r</sup> Ferrand, G. T., 32, 2. 2. 132. Cf. dans le même sens, Trib. Civ. Mantes-s/-Seine, 26 janvier 1912 : Pascal c/D<sup>r</sup> P..., G. P., 1912. 1. 328. — Trib. Civ. Seine, 4 janvier 1936, G. Tr., 24 février 1938 : Bekenstein c/D<sup>r</sup> Batisse et la Foncière.

si ses prescriptions ne sont systématiquement pas exécutées (53), si un confrère est appelé à son insu (54), si le client veut lui imposer la désignation d'une infirmière qu'il ne connaît pas au lieu de celle qu'il recommande et qui lui présente toutes garanties au sujet de l'asepsie, le médecin qui prend la responsabilité d'un traitement devant avoir le choix de ses collaborateurs (55). Le médecin sera, d'ailleurs, d'autant plus irréprochable, s'il offre de rester à la disposition du malade jusqu'à ce qu'il ait été pourvu à son remplacement.

### SECTION III

#### AUXILIAIRES DU MÉDECIN

15. Enfin les contrats médicaux peuvent comporter une autre partie, distincte en quelque sorte aussi bien du patient que du médecin et dont le rôle est à mentionner.

C'est ainsi que l'*infirmière* est la préposée du chirurgien s'il l'a choisie et s'il y a un lien de subordination entre elle et lui. Mais elle peut, même dans le cas contraire, être pour lui une source de responsabilité lorsqu'exécutant ses instructions dans les soins qui s'imposent presque immédiatement après l'opération, elle les observe mal et qu'il ne l'a pas contrôlée. Bien entendu, la responsabilité personnelle de l'infirmière envers le malade joue également (56).

Un médecin, appelé à donner ses soins à un enfant, est également tenu d'obligations vis-à-vis de la *nourrice*. Il n'a pas le droit, par exemple, de lui laisser ignorer les dangers auxquels l'expose l'allaitement, s'il diagnostique chez l'enfant une syphilis congénitale. La nourrice, elle aussi, doit pouvoir avoir confiance dans le médecin choisi par la famille de l'enfant (57).

(53) Hay : *De la responsabilité civile des médecins*, Thèse Médecine, Paris, 1925, p. 110.

(54) cf. cependant *contra*, Trib. Civ. Senlis, 30 juin 1853 : Dr Rayner c/Aumont. « Le Droit », 24 juillet 1853.

(55) Trib. Civ. Seine, 19 décembre 1910 : dame Maren c/Dr Le Roux, G. Tr., 16 février 1911.

(56) Paris, 4 juillet 1932 : consorts C... de P... c/Dr P... et autres, D 1933, 2.113, note de M. Henri Lalou.

(57) Dijon, 14 mai 1868 : Protat c/Dr B..., S. 1869, 2.12.



## CHAPITRE II

### L'OBJET DU CONTRAT

16. Le rôle des parties qui doivent intervenir dans la formation du contrat étant déterminé, sur quoi doit porter leur consentement ? Deux ou plusieurs personnes se rencontrent et contractent valablement. Mais quelles sont les clauses et les conditions de leur accord ? Pour qu'un contrat ait une existence valable, les consentements nécessaires doivent s'être rencontrés sur un objet identique. Dans une convention synallagmatique, les parties fixent les prestations encore indéterminées qu'elles attendent l'une de l'autre. En formant un contrat d'opération chirurgicale, on établira donc la nature des soins qu'on attend du chirurgien, on fixera la rémunération qui sera due par le client.

#### SECTION I

##### NATURE DES SOINS

17. *L'intervention chirurgicale, seul objet du contrat sans autre précision.* — Lorsqu'un malade fait appel à un chirurgien, il en attend un service plus ou moins précis. Plutôt *moins* que *plus*, d'ailleurs, car, souffrant d'un état pathologique, il ne demande qu'à en être débarrassé et ne doit pas se préoccuper du moyen technique grâce auquel il y parviendra. Le choix des moyens est laissé à l'homme de l'art qui en a la responsabilité. Il sera même possible, en raison des difficultés du diagnostic, que ce choix doive être modifié en cours d'intervention, à un moment où il sera impossible de solliciter l'avis du patient endormi. On admettra donc que le client qui a demandé une consultation au chirurgien, qui aura sollicité une intervention chirurgicale, qui

se sera laissé porter sur la table d'opération, aura simplement attendu du chirurgien les soins appropriés dans le but d'être guéri de son mal. Très judicieusement, la Cour de Paris (1) a indiqué en termes suffisamment larges l'objet sur quoi porte le consentement et les circonstances d'où on peut le déduire : « Considérant que, le 28 mars, la dame N... s'est laissé chloroformer, et s'est ainsi volontairement soumise à l'opération dans la région de l'utérus qui serait nécessaire pour la débarrasser des souffrances qu'elle accusait. » Il ne saurait être question d'imposer au chirurgien de rechercher le consentement précis de son malade sur la nature exacte de l'intervention et sur ses procédés opératoires, surtout s'il s'agit d'intervention sans conséquences sérieuses (2).

Dans une espèce assez curieuse (3), il a été jugé que le chirurgien avait parfaitement donné les soins convenus, dans les circonstances suivantes : M. H... se plaignait de n'avoir pas les apparences de la virilité, tout en déclarant d'ailleurs qu'il était capable d'avoir des relations sexuelles normales; ce fait avait déterminé chez lui une certaine neurasthénie; le Dr Villar, consulté, procède à une opération, pensant retrouver les testicules simplement en haut du canal inguinal; au cours de l'opération, le chirurgien ne trouve pas les testicules là où il l'espérait, renonce par prudence à aller les chercher dans l'abdomen, et, étant donné qu'il ne s'agissait en somme que de donner à son client les apparences de la virilité, introduit, dans les bourses, des testicules postiches, d'un emploi courant en chirurgie, laissant croire à M. H... que l'opération avait réussi.

Sans une indiscrétion, non imputable au chirurgien, le but poursuivi était réalisé et la guérison obtenue. Le chirurgien n'avait pas convenu de procéder à telle ou telle intervention technique dont la nature devait échapper à la compétence du patient, mais seulement de tenter de guérir celui-ci de sa neurasthénie.

Le Tribunal de la Seine postule que le fait qu'un malade, à qui une fiche a été remise par un service de consultations, se présente lui-même volontairement à la date, à l'heure et au lieu

(1) Paris, 28 juin 1923 : époux N... c/D<sup>r</sup> Lenormant, D. 24. 2. 116.

(2) Paris, 6 décembre 1938 : Chalignac c/D<sup>r</sup> Fredet, Gazette Médicale de France, janvier 1939.

(3) Bordeaux, 13 juin 1910 : H... c/D<sup>r</sup> Villar. « Le Droit », 26 novembre 1910.

indiqués, implique nécessairement qu'il accepte le principe de l'opération (4).

Le malade doit être prévenu des risques qu'il encourt dans la mesure où cette information n'aura pas un effet susceptible d'aller à l'encontre du but poursuivi (5), et ne déterminera pas un état émotif plaçant le malade dans des conditions de moindre résistance.

Il arrive souvent, d'ailleurs, que le chirurgien lui-même ne sache pas avec certitude, au moment de l'examen préopératoire, quelle sera l'opération précise qu'il devra effectuer. Il est des diagnostics impossibles à établir d'avance : tumeur qui, à l'incision, se révèle un cancer, rétroversion de la matrice qui masque des kystes de l'ovaire, etc... La guérison, sollicitée par le malade, ne peut plus alors être obtenue qu'au prix d'une mutilation. Celle-ci ne serait-elle pas pratiquée, la mort devrait s'ensuivre à brève échéance. Le chirurgien n'a pas à hésiter. Il serait évidemment absurde encore plus qu'inhumain, de réveiller le malade pour solliciter son consentement.

Le chirurgien a convenu « d'apporter ses soins et connaissances techniques en vue de la guérison » et non « de pratiquer une opération nettement déterminée à l'exclusion de toute autre » (6).

Des engagements certains et précis sont impossibles à prendre. Toutes les conséquences prévisibles et imprévisibles de l'opération sont impliquées dans le consentement donné à celle-ci. « Le malade qui a donné son approbation au début de l'opération et s'est livré au chirurgien, l'autorise, par cela même, à agir comme il le jugera le meilleur pour la conservation de sa santé » (7). Il n'ignore pas en effet que l'opération peut ne pas évoluer au gré de chacun. « Il faut se rendre compte que l'acceptation d'un

(4) Trib. Civ. Seine, 2 mars 1937 : Amziani c/D<sup>r</sup> Mawas et Fondation Rothschild, G. Tr., 28 octobre 1937.

(5) Rappelons à ce sujet ce qui a été dit plus haut, N° 7, au sujet de la chloroformisation. De même on ne devrait pas affoler une femme souffrant d'une tumeur en lui laissant envisager l'hypothèse, invérifiable en l'état, d'un cancer.

(6) Trib. Civ. Lannion, 19 décembre 1932 : époux Le Loarer c/D<sup>r</sup> Aurejan, cité dans « Paris Médical », 6, 13, 20, 27 mai et 3 juin 1933 et G. P., 33, 1, 339.

(7) Brouardel : *L'exercice de la Médecine et le Charlatanisme*, Paris, 1899, p. 363.

traitement ou d'une opération implique l'acceptation, non seulement du fait matériel en quoi consiste l'intervention de l'homme de l'art..., mais encore et surtout, l'acceptation du risque médical ou opératoire, c'est-à-dire l'acceptation des suites ou des conséquences... » (8).

Le chirurgien doit donc, sur le champ, pratiquer l'opération nécessaire. Le malade, dont ainsi la vie aura été sauvée, ne peut s'en plaindre. « Le principe incontesté qui veut que le consentement du patient soit obtenu avant toute opération n'est... pas en cause » (9).

18. *Unité de l'objet du contrat.* — On risquerait de discerner très difficilement les solutions qui s'imposent, si l'on voyait dans chaque geste du chirurgien un acte juridique distinct du geste précédent, acte juridique qu'on se bornerait à étudier isolément. Il n'y a pas une succession de petits contrats pour chacun desquels il faudrait retrouver tous les éléments nécessaires à la validité : contrat à la consultation, contrat à l'anesthésie, contrat au premier coup de bistouri, contrat à telle ou telle phase, prévue ou non, de l'opération, contrats aux soins postopératoires.

Il n'y a, en réalité, qu'un seul contrat, où le chirurgien n'a pas à préciser le détail de son activité, puisque son engagement n'est que de donner « ses soins » pour tenter la guérison d'un état pathologique. A chaque phase de l'opération il n'y a donc pas à renouveler un consentement qui a été donné une fois pour toutes au moment de la conclusion du contrat. L'imprécision voulue des termes de cette convention marque bien qu'il y entre, de la part du malade vis-à-vis du médecin un élément de confiance, qui, nous le verrons, n'est pas une des moindres caractéristiques de ce contrat.

19. *Précision dans le consentement inversement proportionnelle à la nécessité de l'opération.* — Plus l'état du malade est grave, plus le chirurgien a besoin de sa liberté d'action. Il peut être ainsi amené à envisager des moyens désespérés. On peut dire alors que le risque encouru du fait de l'intervention est à la mesure

(8) P. Garreau et Laborde Lacoste : *Le rôle de la volonté du Médecin et du Patient*, Paris, 1926, 10.

(9) Paris, 28 juin 1923 : Epoux N... c/D<sup>r</sup> Lenormant, D. 1924, 2, 116, avec note signée G. L., confirmant Trib. Civ. Seine, 14-12-1920, D. 1921, 2, 27.

de la gravité de la maladie. Il est normal que le chirurgien ait recours à des moyens exceptionnels, si l'état morbide est exceptionnel. Il n'y a rien là qui puisse surprendre, et l'on conçoit que le consentement du malade n'ait pas à entrer dans les détails.

Au contraire, si les risques sont démesurés par rapport à l'utilité de l'opération, le patient devra être complètement éclairé. On ne retrouve plus ici la contrainte de l'état de nécessité, état qui domine, en général, les relations entre médecin et client et qui imprime un caractère si particulier au contrat chirurgical. On se rapproche au contraire du droit commun des contrats et, nous le verrons (cf *Infra* n° 58), la jurisprudence fait une obligation au chirurgien d'indiquer exactement les dangers de l'opération, lorsque celle-ci, sans être inutile, ne présente pas pour la guérison du patient un caractère d'absolue nécessité, comme dans certaines hypothèses de la chirurgie cosmétique.

20. *Opérations inutiles.* — Mais si l'opération ne doit avoir aucun rapport avec l'amélioration de la santé du client, si, non seulement elle n'est pas nécessaire, mais encore qu'elle est inutile, si elle n'a été pratiquée que dans un but de publicité pour le chirurgien, ou même simplement de vivisection (par exemple, expérimentation, sur une femme âgée, d'une méthode tendant à dissimuler l'abaissement des seins), alors le consentement même éclairé du patient est sans valeur. On a trafiqué du corps humain et la notion de l'ordre public s'oppose à la validité de telles conventions (10). Ce consentement ne permettrait même pas au médecin d'échapper à l'application de la loi pénale, si les résultats de l'opération faisaient apparaître ses agissements sous un jour délicieux.

## SECTION II

### PRIX

21. *Prix convenu.* — Sauf convention contraire, le chirurgien a droit à la rémunération de ses soins.

Si, préalablement à l'intervention, les parties ont formellement arrêté le chiffre des honoraires du chirurgien, et si le con-

(10) Lyon, 27 juin 1913 : *R. c/Dr P...*, D. 1914, 2, 73, note Henri Lalou.

sentement a été valablement donné, la convention fait la loi des parties, et, quelque exagéré que ce prix puisse apparaître, les tribunaux n'ont pas le droit de le modifier (11).

Il arrive souvent au contraire, mais plus fréquemment en médecine qu'en chirurgie, que ce soit après l'intervention de l'homme de l'art qu'un chiffre d'honoraires soit prononcé. Le chirurgien a opéré. Il réclame ensuite ce qu'il estime lui être dû. Lorsque le malade paie le prix qui lui a été demandé, il reconnaît ainsi devoir la somme réclamée et, pas plus que dans le cas précédent, ce chiffre ne saurait être modifié par les tribunaux. Les consentements se sont échangés. Aucune répétition de l'indû n'est possible (12).

Il n'en serait toutefois pas de même si, tandis qu'il payait, le client avait formulé des réserves et adressé ensuite une protestation motivée au médecin. Par ses réserves, il aurait alors indiqué qu'il refusait son consentement (13).

22. *Prix non convenu.* — Lorsque qu'aucune manifestation de volonté du client ne permet de dire que son consentement au prix de l'opération a été donné, les tribunaux arbitreront ce prix (cf. infra n° 79). Il y a lieu cependant de relever que, dans certaines hypothèses, on devra présumer que le client a consenti de payer un prix élevé. C'est par exemple le cas lorsque le malade se sera adressé à une sommité du monde médical ou à un chirurgien dont tout le monde sait qu'il n'opère que moyennant des honoraires considérables (14).

(11) Trib. Civ. Seine, 23 février 1907 : Crocker c/D<sup>r</sup> Doyen, D. 1910, 2, 53, n. Albert Le Gris.

(12) Cass. Civ., 7 janvier 1925 : D<sup>r</sup> Meyohas c/Faure-Besson, S. 1925, 1, 14.

(13) Trib. Civ. Nice, 11-2-1924 : D... c/D<sup>r</sup> S..., S. 1925, 2, 128.

(14) Trib. Civ. Le Caire, 4 mars 1929 : D<sup>r</sup> Dunet c/Bichara Matouk, S. 1930, 4, 14.

## CHAPITRE III

### PREUVE DU CONSENTEMENT

23. Qui doit faire la preuve que le consentement a, ou n'a pas, été donné ? Si l'on répond que c'est le client, il peut sembler bizarre d'imposer au patient, qui vient se plaindre de ce qu'on l'ait opéré malgré lui, la charge d'une preuve négative. Cela n'a cependant rien d'extraordinaire si l'on s'en réfère aux règles ordinaires en matière de preuve.

En effet, l'opéré peut se plaindre d'une intervention faite en dehors de toute manifestation de volonté de sa part. Il se placera alors sur le plan quasi-délictuel et devra faire la preuve de la faute du chirurgien (1). Le fait d'opérer quelqu'un malgré lui ne saurait certes pas en soi constituer une faute, donnant ouverture à des dommages-intérêts. Cette intervention peut, en effet, avoir été nécessitée par l'intérêt même du malade et n'entraîner pour lui aucun préjudice, si loin d'aggraver son mal, elle a constitué un effort pour le soulager. Aussi l'absence du consentement ne sera-t-elle pas, dans un procès de ce genre, l'élément déterminant, puisque tout se ramènera surtout à savoir si l'intervention a été faite avec ou sans faute et si elle a ou non profité au patient.

L'opéré, au contraire, peut reconnaître qu'il a noué avec le chirurgien des relations contractuelles, mais prétendre que ce n'est pas l'opération convenue qui a été pratiquée. C'est alors la règle normale qu'en matière contractuelle, c'est au créancier à faire la preuve de la teneur du contrat pour montrer que son débiteur est en faute.

C'est en vertu de ce principe que les malades qui, après une opération grave, prétendent que le chirurgien ne leur aurait parlé que d'une intervention bénigne, sont toujours déboutés, lorsqu'il

(1) L'application de la présomption de l'art. 1384, al. 1, C. Civ. devant être exclue comme nous le verrons plus loin (*cf. infra*, N° 36).

n'est pas possible de dire *à priori* que le peu de gravité de l'affection dont ils souffraient était sans rapport avec le risque encouru. La jurisprudence met à leur charge la preuve du prétendu mensonge (2), et bien entendu ils ont alors toutes les chances d'échouer, les déclarations du praticien étant, d'autre part, constitutives de preuve contraire en tant qu'aveu indivisible (3).

Inversement, lorsque le chirurgien sera demandeur, c'est-à-dire lorsqu'il réclamera des honoraires convenus, il aura à faire la preuve du consentement de son client. Le poids de cette charge sera modéré par le droit qu'ont les tribunaux, en l'absence de toute convention expresse sur le prix, d'arbitrer le montant des honoraires dans l'exercice des professions libérales.

(2) Cass. Req., 1<sup>er</sup> juin 1937 : Zlotnichi c/D<sup>r</sup> Hertz et Hôpital Rothschild, S. 1937, 1, 270.

(3) Trib. Civ. Seine, 1<sup>er</sup> juin 1937, G. T., 25 janvier 1938 : Epoux Bonnell c/D<sup>r</sup> Versepuech.

## CHAPITRE IV

### VICES DU CONSENTEMENT

24. Il ne suffit pas au consentement d'exister, il lui faut encore « réunir certaines qualités d'intelligence et de liberté, en l'absence desquelles on le considère comme vicié » (1). Si le consentement est vicié, le contrat doit alors être annulé. La volonté n'est pas libre s'il a fallu user de *violence* (matérielle ou même morale) pour déterminer le consentement d'une partie. Elle n'est pas intelligente, éclairée, si cette partie a agi à la suite d'une *erreur*, laquelle prend le nom de *dol* lorsqu'elle résulte d'une tromperie. Ces règles, fondamentales du droit des contrats, doivent, dans le contrat chirurgical, trouver aussi leur application.

25. *Violence*. — La violence, ou plutôt la crainte qu'elle engendre, ouvre l'action en nullité. La crainte peut aussi bien naître d'une violence morale, crainte de voir mourir un être cher, que d'une violence physique, peur de la douleur. Sous l'empire de cette crainte, on peut concevoir que soit forcé le consentement, non pas tant à l'objet essentiel du contrat, l'opération qui s'impose, mais surtout à la rémunération excessive que pourrait réclamer un chirurgien peu scrupuleux profitant des circonstances.

Il arrive d'ailleurs assez rarement, et c'est peu dans la tradition de délicatesse du corps médical français, que le chirurgien, arrivant dans une famille affolée par l'urgence d'une intervention grave, fasse accomplir en sa faveur un acte juridique susceptible d'engager le client ou les siens au paiement de tels ou tels honoraires, même raisonnables. On a pourtant vu des chirurgiens, avant d'opérer, se faire consentir des reconnaissances de dette, des billets à ordre payables à échéance rapprochée, valeur repré-

(1) Planiol et Ripert : *Traité élémentaire de Droit Civil*, Paris, 1926 t. II, 1.047.

sentant l'opération et les soins consécutifs. Ils peuvent, en effet, avoir des raisons de se méfier de leurs clients, lesquels veulent se faire opérer, mais en payant le moins possible. Ils leur auront dit que s'ils ne veulent pas se faire soigner à l'hôpital, ils doivent honorer l'opérateur. Ils auront alors pris leurs précautions contre une contestation ultérieure.

On ne pourra d'ailleurs pas admettre qu'une violence aura été exercée, si cet accord n'a abouti qu'à la fixation d'un prix raisonnable (2). Cela se comprend aisément. Si le prix n'est pas exagéré, c'est qu'il est déterminé selon les règles mêmes utilisées par les tribunaux pour fixer les honoraires médicaux en l'absence de tout engagement préalable. C'est alors ce montant qu'en tout état de cause les tribunaux reconnaîtraient devoir être dû au chirurgien. Or, on ne peut se prévaloir d'un vice du consentement que s'il a abouti à une convention qui n'aurait pas été conclue en son absence. Ce qui n'est donc pas le cas.

Enfin la violence morale devra être établie par le demandeur à l'action en nullité. Il faut faire la preuve des menaces, ou de la pression morale et de l'absence de liberté d'esprit dont aurait profité le chirurgien de façon anormale et abusive.

26. *Dol*. — Le dol est une tromperie commise par l'une des parties et entraînant une erreur de la part de l'autre partie, en déterminant celle-ci à contracter des engagements qu'elle n'eût pas consentis normalement. Dans un contrat qui, tel que le nôtre, a pour objet une prestation de services et sa rémunération, le dol peut surtout provenir de la partie qui offre ses services et qui les fait agréer au moyen d'une tromperie.

Ce serait, par exemple, le médecin qui pour amener un client à accepter un traitement ou une opération des plus onéreux, aurait fait « luire à ses yeux l'espoir d'une guérison qu'il savait chimérique » (3). Un dol plus grave encore consisterait inversement à persuader, dans un but de lucre, à un client, l'existence

(2) Trib. Civ. Seine, 1<sup>er</sup> avril 1914 : Vve Garthe c/D<sup>r</sup> Sénéchal ; G. Tr., 1914, 1, 2, 375.

(3) Trib. Civ. Seine, 23 février 1907 : Crocker c/D<sup>r</sup> Doyen, D. 1910, 2. 53, n. Albert Le Gris. — Mais il n'y a pas de dol si, sans être assuré de la vertu curative de son traitement, le médecin ne désespérerait pas de bonne foi obtenir un résultat, même dans des cas d'une gravité exceptionnelle.

d'une maladie imaginaire, sans rien faire pour aboutir à un diagnostic sérieux de la véritable affection, et d'entreprendre un traitement coûteux et dangereux (4).

27. *Erreur.* — On ne trouve pas dans la jurisprudence de cas d'erreur rendant possible l'annulation du contrat d'opération chirurgicale. L'erreur sur les motifs du contrat, sur les qualités non substantielles ou sur la valeur est indifférente, en droit commun, pour la validité du contrat.

On ne pourrait concevoir l'*erreur sur la personne* que de la part d'un patient, qui désirant expressément se faire soigner par tel chirurgien de renom, ne serait mis en présence que d'un assistant. Le contrat étant conclu *intuitu personae*, la considération de la personne n'étant pas indifférente, le client pourrait n'avoir confiance que dans la personne avec qui il avait cru traiter.

L'*erreur sur la substance* est plus difficilement concevable. En effet, une erreur de diagnostic, toujours possible, ne peut pas, aux termes d'une jurisprudence constante que nous aurons à examiner plus loin (cf. *Infra* n° 47) être retenue à l'encontre du chirurgien. Celui-ci n'a convenu que de donner tous les soins dont il est normalement capable. Il est tenu de tenter un diagnostic exact, non de le donner, comme il n'est tenu que de tenter la guérison et non de guérir. Il y a donc là une sorte d'erreur qui n'est pas capable de vicier le consentement. L'erreur qui pourrait être retenue ne pourrait être que celle où le client aurait cru réclamer un traitement alors que c'en aurait été un autre qu'en réalité le médecin aurait promis de fournir.

Notons que si de telles erreurs n'étaient relevées qu'après l'intervention médicale, elles ne sembleraient pas pouvoir supprimer entièrement la rémunération du praticien, si l'acte de celui-ci avait été d'une utilité quelconque pour le malade. Les principes de l'enrichissement sans cause devraient alors jouer, en l'absence d'un contrat valable.

(4) Cass. Crim., 16 avril 1921 : docteurs Croso et Latour, D. 1921. 1. 184.



## DEUXIEME PARTIE

### *L'obligation du chirurgien*



## DEUXIEME PARTIE

### L'OBLIGATION DU CHIRURGIEN

28. *Contenu de l'obligation du chirurgien.* — L'art de guérir, nous l'avons vu, est plus vieux que notre civilisation, et dès les débuts de celle-ci, au V<sup>e</sup> siècle avant J.-C., Hippocrate savait déjà résumer les devoirs des médecins, devoirs qui presque intégralement sont aujourd'hui encore considérés comme tels. Le serment d'Hippocrate est fait de préceptes déontologiques et moraux très élevés et de règles de la correction encore en vigueur de nos jours. Nous en rappellerons ici la partie ayant trait aux rapports avec les clients : « J'appliquerai les régimes pour le bien des » malades, selon mon pouvoir et mon jugement, jamais pour » faire tort ou mal à personne. Je ne donnerai à personne pour » lui complaire un remède mortel, ni un conseil qui l'induisse à » sa perte. De même, je ne donnerai pas à une femme un pessaire » abortif. Mais je conserverai purs et ma vie et mon art. Je ne » pratiquerai pas la taille sur un calculeux (manifeste); je lais- » serai cette opération aux praticiens. Dans toute maison où je » viendrai, j'y entrerais pour le bien des malades, me tenant loin » de tout tort volontaire et de toute séduction, et surtout loin des » plaisirs de l'amour avec les femmes ou avec les hommes, soit » libres, soit esclaves. Ce que dans l'exercice ou en dehors de » l'exercice, et dans le commerce de la vie, j'aurai vu ou entendu

» qu'il ne faille pas répandre, je le tiendrai en tout pour un » secret. » (1).

Soigner *selon mon pouvoir et mon jugement*, agir pour conserver la vie et non pour la détruire, ne pas empiéter sur le domaine du chirurgien, observer une attitude correcte et décente, conserver le secret confié, tels sont bien encore les préceptes que doivent observer les médecins.

Ces obligations n'ont pas été augmentée, et l'effort de la doctrine et de la jurisprudence modernes n'a tendu qu'à les préciser.

Les progrès de la technique, en effet, n'ont fait que faciliter considérablement la tâche des médecins, ils n'ont pas modifié l'objet même de leur obligation. Toujours encore « la profession médicale a quelque chose de conjectural, d'incertain » (2). Pas plus aujourd'hui qu'autrefois, le médecin ne contracte l'obligation de rendre le client sain et sauf. Il n'est tenu que « de soigner pour tenter de guérir » et « de prendre dans les soins toutes les précautions commandées par les prescriptions spéciales de l'art médical et par les usages » (3). La formule à retenir, comme la plus lapidaire et la plus exacte, est qu'il est tenu d'une *obligation de moyens*, mais non pas d'une *obligation de résultat* (4).

En face de l'homme, il y a la nature, plus forte que lui, dont la science ne peut pas chercher à contrarier les effets, et dont elle doit se borner à utiliser et à provoquer les réactions.

Le chirurgien lui-même, qui, taillant dans le vif, semble un être doué d'une faculté surnaturelle, ne peut, en réalité, avoir d'autre ambition. « Notre rôle se borne à aider l'action de la nature en mettant au repos des organes fatigués, des tissus irrités, en facilitant des cicatrisations par rapprochement et en les rendant plus rapides par le contact intime des tissus, en levant des obstacles qui créent des conditions mauvaises à l'exercice de fonc-

(1) Traduction Egger citée par A. Dechambre, « Le Médecin », Paris, 1883, p. 18.

(2) G. Rallier : *De la responsabilité Chirurgicale et Opératoire*, Thèse droit, Paris, 1913, p. 8.

(3) H. Lalou : *Contrats comportant pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant « sain et sauf »*. Dh. 1931 ; « Chronique », page 37.

(4) Demogue : *Traité des Obligations*, Paris, 1925, t. V, 1237. — Trib. Civ. Seine, 4-1-1938; G. Tr., 24-2-1938 : Bekenstein c/D<sup>r</sup> Batisse et La Foncière.

tions, mais en tout cela et même lorsque nous faisons de larges exérèses, nous ne faisons qu'essayer de produire des réactions physiologiques nouvelles, nous n'en avons ni la direction, ni le contrôle » (5). Ces observations commanderont donc l'étude de la *responsabilité du chirurgien* où l'on verra les limites de l'obligation du chirurgien définies par la doctrine et la jurisprudence.

Cependant, l'homme de l'art, dont le savoir permet d'atténuer la souffrance humaine et d'éloigner autant que possible les risques de mort, conquiert de ce fait un véritable ascendant. Il ne devra pas trahir la confiance qui en résulte, en révélant les *secrets* qu'il aura pu surprendre dans l'exercice de son ministère. Tenir secrètes vis-à-vis des tiers les confidences spontanées ou forcées, c'est un engagement qui fait corps avec le contrat et qui fait naître pour l'homme de l'art des obligations civiles. Mais quelquefois même, vis-à-vis du malade, le médecin devra parfois, au nom d'un devoir de conscience, taire ou même trahir la vérité. « Le médecin ne doit pas toujours dire la vérité. Il est au contraire des circonstances nombreuses où notre devoir est de la taire, de l'atténuer ou de la nier ; il y a incontestablement des cas où le médecin doit mentir avec assurance, avec énergie, avec la conviction qu'il agit bien, et avec un art d'autant plus consommé qu'il est meilleur homme et meilleur praticien » (6). Qui pourrait alors en faire grief à l'homme de l'art puisqu'il aura estimé que ce mensonge pieux fait partie intégrante des soins qu'il a convenu de donner et qu'il est nécessaire à la sécurité morale et physique du malade.

29. *Preuve de l'obligation du chirurgien.* — Le contrat que nous étudions, s'il présente des caractéristiques générales qui permettent d'en faire un contrat-type, n'a toutefois pas un contenu, défini une fois pour toutes et qui se retrouve dans chaque espèce. Les parties peuvent toujours prendre des dispositions spéciales commandées par les circonstances, ou même spécifier des clauses se heurtant aux principes communément admis, qui, si elles n'étaient pas expresses, ne pourraient donc être présumées

(5) Dr Massart : *Les responsabilités des Médecins* ; « Concours Médical », p. 428, 6 bis, 10-11-32.

(6) Le Gendre : *La Vie du médecin*, Paris, 1931, tome I du « Traité de pathologie médicale et de thérapeutique appliquée » de Sergent, Ribadéau-Dumas et Babonneix, p. 151.

existantes. C'est là l'application de la règle du droit commun qui laisse les parties libres de stipuler comme il leur plaît, pourvu qu'elles n'aillent pas contre l'ordre public. Il peut donc y avoir intérêt à établir ainsi, pour réclamer l'exécution de leurs clauses, les précisions ou les exceptions sur lesquelles on se serait mis d'accord, au moment de la formation du contrat.

La règle générale interdit, en matière de contrats civils, la preuve par témoins ou par présomptions au delà d'une valeur de 500 francs (art. 1341 du Code Civil). Si le contrat a été constaté par écrit, pas de difficulté. La preuve écrite existe.

Mais le plus souvent il n'y a pas d'écrit antérieur à l'intervention du médecin. Cela résulte d'un usage à peu près constant. La jurisprudence corrige alors la règle de l'article 1341 par l'article 1348 du Code Civil, qui n'exige pas la preuve par écrit, lorsque le créancier aura été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui.

Cette règle, communément appliquée lorsqu'il s'agit de faire la preuve de l'engagement du client relatif aux honoraires (cf. infra n<sup>os</sup> 75 et 76), doit jouer également pour la preuve des engagements du médecin. Le malade est considéré comme n'ayant pu moralement se procurer une preuve littérale de l'obligation contractée envers lui, que ce soit, par exemple, celle de le soigner gratuitement (7) ou celle de ne lui réclamer d'honoraires qu'en cas de guérison (8).

On pourra donc toujours établir par témoins ou par présomptions l'étendue, et la nature spéciale s'il y a lieu, des obligations expressément contractées par le médecin.

(7) Cass. Civ., 13 avril 1910 : Dhondt c/D<sup>r</sup> Mulette, D. 1911, 1, 14 ; S. 1910, 1, 501.

(8) Trib. Civ. Rennes, 18 janvier 1909 : D<sup>r</sup> Blin c/Dagueneau ; G. Trib., 13 mars 1909.

## CHAPITRE PREMIER

### LA RESPONSABILITÉ DU CHIRURGIEN

#### SECTION I

##### GÉNÉRALITÉS

30. *Importance de l'étude pratique de la responsabilité pour la détermination théorique de l'obligation.* — L'étude de la responsabilité encourue par le chirurgien à l'occasion de son intervention nous permettra de mettre en lumière les obligations positives de l'homme de l'art. Les tribunaux n'ont en effet à préciser ces obligations, leur nature et leur étendue, que lorsqu'on se plaint qu'elles aient été violées, et que de ce fait une responsabilité peut être encourue. On ne décrit jamais mieux le rôle à jouer par le chirurgien que lorsque le client se plaint de ne pas l'avoir vu le remplir, et que les magistrats ont alors à trancher le différend en rappelant et en précisant des règles générales et en constatant si, oui ou non, celles-ci ont été transgressées.

C'est là ce qui dans tous les domaines prête tant d'importance aux questions de responsabilité. La jurisprudence, qui doit compléter la loi bien souvent et forcément incomplète dans la construction d'une institution, ne peut remplir son rôle que négativement, pour ainsi dire. Elle a à intervenir lorsqu'une des parties se plaint d'un manquement de l'autre partie et demande à faire jouer les règles de la responsabilité. C'est alors que les tribunaux, pour voir si les obligations ont été méconnues, doivent tout d'abord préciser la portée de celles-ci.

On comprend ainsi que, à mesure que s'étendent le champ d'action et les possibilités du chirurgien, les instances mettant en jeu le principe de la responsabilité augmentent de façon correspondante. C'est parce que depuis les dernières années du XIX<sup>e</sup> siècle, depuis Pasteur, la technique opératoire s'est consi-

dérablement développée, parce que le nombre des opérations a été multiplié dans des proportions considérables, parce que les points de contact entre clients et chirurgiens sont devenus de plus en plus nombreux (1), que tout normalement les praticiens se sont vus appelés plus souvent qu'auparavant à répondre de leurs actes devant les tribunaux. A mesure que le rôle social d'une corporation devient plus important, la responsabilité de ses membres aura de plus en plus à être précisée. Ce qui ne veut pas dire, d'ailleurs, qu'elle en sera aggravée. Nous en trouverons la meilleure preuve dans l'étude de notre question, où la règle générale a été posée dès 1835, où elle est immuablement appliquée depuis, et où les progrès de la technique et l'augmentation des procès ont eu comme conséquence, non de la modifier, mais d'en préciser les conséquences à propos de chaque espèce.

31. *Rappel historique.* — De tout temps les médecins ont eu à répondre des manquements à leurs obligations. Dans toutes les civilisations, il a toujours été admis qu'ils étaient soumis à la loi commune d'après laquelle les fautes commises dans l'activité humaine sont sanctionnées par des peines. Le caractère supérieur de leur art et le but qu'ils poursuivent ont cependant permis qu'il soit apporté des tempéraments aux règles normales.

Dans un des plus anciens documents en la matière, la stèle babylonienne d'Hammurabi (XXIV<sup>e</sup> siècle avant J. C.) où la règle est la loi du talion, il est expressément spécifié que, par faveur, le médecin qui aura causé la mort d'un homme libre, n'aura que les mains coupées (2). Chez les Egyptiens, d'après Diodore de Sicile, il existait un code spécial pour les choses de la médecine, et le médecin qui se conformait au détail de ses prescriptions était, en tout état de cause, à l'abri de toute poursuite, mais par contre, s'il s'en écartait, il était puni de mort (3).

En Grèce, par contre, M. Hatin (4) signale que l'exercice de la médecine était libre.

(1) Cf. le très bel article de R. Massart : *Les Responsabilités du Chirurgien*. « Concours médical » 6 bis, 10-11-32, p. 419, et ses recommandations pratiques.

(2) Cf. Arroux : *Contribution à l'étude de la Responsabilité Médicale*, thèse médecine, Toulouse 1910, p. 17.

(3) Cf. P. Brouardel : *La Responsabilité Médicale*, Paris, 1898, pages 1 et suiv.

(4) Paul Hatin : *Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins dans l'exercice de leur profession* ; thèse droit, Paris, 1905, pages 7 et 8.

A Rome, les lois criminelles (Cornelia de Veneficiis et Cornelia de Sicariis) ne laissaient pas impuni le médecin coupable. Mais on voit alors apparaître les principes d'une responsabilité civile. La grande construction juridique de la loi Aquilia, qui dégage l'idée générale de la faute et de la sanction réparatrice, n'a pas laissé les médecins de côté. Le médecin, par exemple, qui avait causé par sa faute la perte d'un esclave, en devait réparation au maître (5). L'abandon du malade en cours de traitement est une faute qui fera succomber le médecin dans l'instance (6). Mais le principe n'en reste pas moins qu'en raison de la fragilité humaine et du risque naturel que court le malade, le médecin qui ne commet pas d'erreur grossière ne peut supporter le poids d'une responsabilité : *sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit imputari debet, praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo hominis innoxium esse non debet* (7).

Les Assises de Jérusalem (XIII<sup>e</sup> siècle) condamnaient le médecin coupable d'avoir « taillé de travers » un serf qui « por ce morut » au paiement de la valeur de l'esclave « tant comme il valet au iour qu'il fut nafvré ou tant comme il l'acheta celui de cui il estait » (8).

En France, avant le XV<sup>e</sup> siècle, on ne condamnait qu'en cas de faute intentionnelle (dol, malice, intention de nuire). Mais Papon (9) est d'avis que, pour entraîner la responsabilité, une faute lourde commise par le médecin « soit pour estre ignare, ou par trop hazardeux » est suffisante, et il cite à l'appui un arrêt du Parlement de Paris du 25 avril 1427. Les Parlements auront tendance à le suivre.

Pour l'appréciation du point de savoir s'il y a ou non faute, les Parlements iront jusqu'à s'immiscer dans les discussions techniques. Ils prendront parti dans les controverses médicales et proclameront que telle ou telle thérapeutique entraîne ou n'entraîne pas la responsabilité du médecin. C'est ainsi qu'entre 1566

(5) Digeste : Livre IX, titre II : *Ad legem Aquiliam*, Ulpien, par. 7.

(6) Digeste : Livre IX, titre II : *Ad legem Aquiliam*, Gaius, par. 8.

(7) Digeste : Livre I, titre XVIII : Ulpien, par. 7.

(8) Assises de Jérusalem, XIII<sup>e</sup> Siècle : *Cours des Bourgeois*, édition Beugnot, tome XI, p. 164, cité par Dubrac, p. 120.

(9) Jehan Papon : *Recueil d'arrestz notables des Courtz Souveraines de France*, Paris, 1566, Liv. XXIII, p. 503.

et 1666, on pût assister entre les Parlements de Paris et de Montpellier à la « guerre de l'antimoine », les magistrats de Paris interdisant par arrêts, pendant cette période, d'utiliser l'antimoine dans les prescriptions médicales (10).

Mais toutefois jusqu'à l'unification de la jurisprudence par la création d'un Tribunal de Cassation, on ne trouve aucune règle fixe, de nombreuses décisions se contredisant sur des cas d'espèces (11).

On peut cependant relever une tendance générale portant les Parlements à ne condamner les chirurgiens qu'en cas d'« impéritie ». C'est ainsi qu'un arrêt du Parlement de Bordeaux, condamne, en 1596, les héritiers d'un chirurgien qui occasionna une blessure au cours d'une saignée (12). De même, malgré une expertise favorable au chirurgien, expertise jugée suspecte où « les chirurgiens et médecins se favorisent toujours et ne veulent pas s'imputer des fautes qui marqueroient l'impuissance de leur art », un arrêt du Parlement de Paris du 30 janvier 1703 condamne un chirurgien qui en saignant une femme lui offensa un nerf (13). Par arrêt rendu en la Tournelle, le 22 juin 1768, l'impéritie du chirurgien, lequel avait mal remis un bras cassé, ayant causé la gangrène et nécessité une amputation, le sieur Callé, chirurgien, fût condamné à 15.000 livres de dommages-intérêts et on lui fit défense d'exercer à l'avenir la profession de chirurgien (14).

Par contre, un arrêt du Parlement de Paris de juin 1696 avait décidé, qu'en dehors du dol « parmi nous les chirurgiens et les médecins ne sont pas garends et responsables de leurs remèdes, tant qu'il n'y a que de l'ignorance et de l'impéritie de leur part » (15).

C'est plus vaguement que deux arrêts du Parlement de Bordeaux des 9 avril 1710 et 6 juin 1714 déclaraient que « chirur-

(10) Adrien Pommerol : *La Responsabilité Médicale devant les Tribunaux*, Paris-Lille, 1931, p. 29.

(11) Cf. Louis Martin : *De la Responsabilité Civile des Médecins dans la législation française actuelle*, thèse droit, Paris, 1898, p. 58.

(12) Brillon : *Dictionnaire des arrêts*. Nouv. édit., Paris 1727, tome II, V° Chirurgiens 8.

(13) Brillon : *op. cit.*, Tome IV, V° Médecins 17.

(14) Denisart : *Collection de décisions nouvelles*, Paris, 1786, tome IV, V° Chirurgien, 7.

(15) Brillon : *op. cit.*, V° Chirurgiens, 3.

gien qui a fait mauvaise cure n'est tenu des dommages et intérêts de celui qu'il a estropié ». Les magistrats recommandaient aux chirurgiens de provoquer une consultation dans « les grandes cures » et de « déférer à l'avis de la majeure » (16).

Mais les Parlements, dans les autres décisions favorables aux chirurgiens, ne paraissent pas avoir suivi les motifs de ces trois derniers arrêts, lesquels sont en contradiction avec la jurisprudence répressive citée précédemment.

Ainsi, un arrêt du 15 juin 1602 disait déjà expressément que « le chirurgien n'est point tenu des accidents qui surviennent au malade qu'il pense, *s'il n'y a de sa faute* » (16).

Et Denisart (17), citant un arrêt du Parlement de Paris du 14 septembre 1764, lequel, ayant recherché si le chirurgien incriminé avait commis une faute, donna gain de cause à l'homme de l'art, fait observer « que le chirurgien ne répond que de son impéritie, et non de la malheureuse issue d'une opération qu'il a faite suivant les règles de l'art ».

32. *Principe actuel de la responsabilité médicale.* — Aujourd'hui, sans à-coups, la jurisprudence a, depuis un siècle, précisé cette dernière tendance. On a renoncé à plaider l'irresponsabilité des médecins, comme on essayait encore de le faire en 1835. Le corps médical, si, à très juste titre, il réclame d'être jugé par les magistrats avec le sentiment éclairé de la hauteur et de la difficulté de son rôle, ne réclame pas l'impunité pour ceux de ses membres qui auraient failli à leur mission. La profession médicale, comme toute autre, est soumise aux lois qui régissent l'activité humaine. Ce contrôle, contrairement à ce que semblent soutenir certains, est d'ailleurs une garantie de prestige. Le public sait que l'homme de l'art exerce ses soins, non dans la fantaisie de ses impulsions, mais dans le cadre de la science d'où la loi veille à ce qu'il ne sorte pas. Le public sait que le médecin doit, avant d'agir, s'interroger en conscience pour savoir s'il respecte bien ses devoirs moraux et ses devoirs civiques, ceux-ci étant assortis de sanctions qui en assurent l'accomplissement. Le public se sait donc protégé par l'appareil de la justice. Il ne saurait alors avoir d'arrière pensée et peut se livrer, en toute

(16) Brillouin : *op. cit.*, V° Chirurgiens, 8.

(17) Denisart : *op. cit.*, V° Chirurgiens, 7.

confiance, entre les mains d'hommes qui sont tenus d'allier la prudence à la science.

Ainsi MM. Donnedieu de Vabres, Duvoir et Dessoille (18), ont-ils expressément marqué que le médecin ne possède pas en privilège le droit de faire tout ce qu'il lui plaît et que, à l'intérieur même des limites qu'il ne saurait franchir, le médecin est encore responsable de la faute qu'on établit contre lui de façon indiscutable.

On est alors surpris de voir les mêmes auteurs soutenir en même temps que, étant donné l'objet particulier du contrat médical, celui-ci doit être soustrait aux règles strictes du Code Civil et soumis à celles du droit naturel. Qu'est-ce que ce droit naturel et quelles en sont les règles qui s'opposeraient à celles des contrats ? Il serait extrêmement dangereux de s'échapper du cadre, cependant très souple, que donne aux différentes activités professionnelles, la théorie juridique des obligations. Eu égard à la nature spéciale de la profession médicale, nous admettrons sans réserve, avec notre maître M. Georges Ripert (19), que le médecin pour remplir sa mission doit être investi de pouvoirs plus grands que ceux qui appartiennent à une personne quelconque. Mais nous ne saurions aller jusqu'à dire qu'il faut alors créer en faveur du médecin une certaine irresponsabilité. Il faut seulement ne pas considérer comme des fautes des actes controversés qui paraîtraient peut-être reprochables s'ils n'avaient pas été accomplis dans le but conjectural et sacré de guérir.

Nous en sommes ramenés, sans avoir quitté le domaine du droit commun, à examiner dans chaque espèce, si réellement une faute a été commise, à faire la part de l'audace nécessaire aux progrès de la science, de l'incertitude inhérente à l'art de guérir, de la fragilité du corps humain exposé avant tout aux injures de la maladie, lesquelles sont le plus souvent la véritable cause d'un préjudice qu'il serait souverainement injuste d'imputer au médecin (20). Si, après un examen fait dans cet

(18) *Rapport sur la Responsabilité Médicale au XVI<sup>e</sup> Congrès de Médecine Légale de Langue Française* (4, 5, 6 mai 1936), communiqué par le « Monde Médical ».

(19) Georges Ripert : *Responsabilité des Médecins*. « Revue Critique », 1908, p. 198.

(20) Cf. Edmond Binoche : *De la Responsabilité Civile des Médecins et Chirurgiens* ; G. Trib., 28 mai 1911.

esprit, l'homme de l'art apparaît cependant répréhensible, alors il y a faute et on en tirera les conséquences de droit. Sinon, point n'est besoin d'insaurer une irresponsabilité spéciale. Il suffira de dire que le médecin n'a pas commis de faute, et en vertu des principes généraux du droit, il n'aura pas à supporter le poids d'un préjudice dont pourrait se plaindre le malade et qui ne lui serait pas imputable.

C'est ce qu'a toujours fait la jurisprudence et la Cour de Cassation s'est expressément refusé à faire exception pour quelque personnalité ou profession que ce soit, et spécialement pour le médecin (21).

Les préceptes fondamentaux du droit, en effet, si l'on montre assez de clairvoyance et de bon sens dans l'appréciation du fait incriminé pour décider qu'il constitue ou non une faute, sont largement suffisants pour résoudre les difficultés relatives à la responsabilité médicale (22). Si on les abandonnait, on se priverait de toute règle de jugement. Fatalement on tomberait dans l'arbitraire. Ce serait pour tous infiniment plus dangereux que l'application d'une norme juridique, laquelle, humainement utilisée, ne frapperait que ceux dont les agissements portent un préjudice à leur corporation elle-même.

La démarcation nécessaire paraît faite, lorsqu'on préconise l'application des règles de la responsabilité civile, d'abord aux faits commis par le médecin, homme privé, sans que cela résulte spécialement de l'exercice de la science, puis à la transgression des vérités de la science médicale unanimement reconnues.

On en revient, en effet, toujours, en cette matière, à rechercher ce que le médecin a promis lorsqu'il a contracté. S'il n'a pas rempli ses engagements, il est en faute. S'il les a remplis, il est sans reproche. Il faut donc, non pas permettre aux médecins d'échapper à la rigueur et à la simplicité de ce raisonnement qui s'impose à chacun, mais plus logiquement en faveur de l'art médical, limiter les engagements contractés à la mesure des possibilités scientifiques et humaines. On aura satisfait à la fois aux exigences du droit et aux nécessités de la médecine.

(21) Cass. Civ., 29 novembre 1920 : D<sup>r</sup> Delherm c/Calou, D. 1924, 1. 103 ; voir aussi Trib. Civ. de Gray, 29 juillet 1873 : Th... c/D<sup>r</sup> B..., D. 1874, 5. 436.

(22) Cf. Louis Martin : *De la Responsabilité Civile des Médecins dans la législation française actuelle* ; thèse droit Paris 1898, p. 141.

Or, il faut partir de ce principe absolu que le médecin ne s'engage pas en règle générale, à procurer un résultat satisfaisant, à guérir. Il ne promet que de « mettre en œuvre les moyens d'y arriver, de fournir en conséquence des soins et des conseils prudents » (23), car il peut être responsable en effet « de l'emploi des moyens, des procédés, des appareils insuffisants ou viciés de contention, il ne saurait l'être du résultat, dans lequel entrent tant d'éléments complexes, tels que l'âge, l'hérédité, la constitution du malade, les habitudes, la nature même et la gravité du traumatisme, etc... » (24).

Obligation de moyens et non de résultat, a-t-on pu dire (25). Quels sont donc les moyens que s'oblige à fournir le chirurgien ?

a) Sa propre personnalité et les compétences qu'il est réputé posséder... « L'homme de l'art en dernière analyse, ne se doit aux malades qui l'ont choisi, que tel qu'il est, sous les conditions relatives d'aptitude naturelle, d'études et d'expérience sous lesquelles il s'est formé... » (26). Le médecin doit se tenir égal à sa réputation, mais n'est pas tenu d'accomplir telle prestation que seuls les maîtres les plus éminents sont en mesure de fournir.

b) Le respect des règles communes de prudence et de pondération qui s'imposent à toute activité humaine quelle qu'elle soit.

c) L'observation des vérités médicales unanimement reconnues et ne prêtant pas à controverse.

Un de ces éléments manque-t-il, la faute contractuelle est commise. La responsabilité du médecin entre en jeu.

Un tel raisonnement explique qu'on ne puisse plus aujourd'hui, comme on le tentait autrefois sous l'influence du droit romain, distinguer entre les fautes d'après leur gravité : *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levissima*, distinction d'ailleurs illusoire en pratique, les tribunaux pouvant qualifier la faute comme ils

(23) Trib. Civ. Le Mans, 9 décembre 1930 : Dame Rousseau c/Bareilher ; La Loi, 3 février 1931.

\*

(24) Riom, 5 février 1929 : consorts Ray c/Dr Mouriquand et Syndicat des chirurgiens français ; G. P., 20 avril 1929, avec note signée R. C.

(25) Marcel Nast : note Dalloz, 1932. 2. 5. — Demogue : *Traité des obligations*, t. V, Paris, 1925, 1237.

(26) Liège 30 juillet 1890 : Dr Deschamps c/Demarche, D. 1891, 2. 281.

le veulent, puisqu'il s'agit d'une question de fait (27). Tout l'effort de la discussion d'espèce doit au contraire porter sur le point de savoir s'il y a faute ou s'il n'y a pas faute.

C'est ce qu'a constamment voulu la Cour de Cassation, qui a toujours refusé une base particulière pour l'appréciation de la faute (28). On appréciera donc en fait, dans chaque espèce, si oui ou non le médecin a pu décevoir l'attente légitime de son client.

Ainsi « seules les violations de principes de la science médicale réellement fixés, reconnus par tous, tombés dans le domaine public, constituent des fautes. Dans les autres cas, on se trouve en présence d'erreurs inévitables dans l'exercice d'une profession où les idées peuvent être aussi variées et aussi divergentes que dans la profession médicale » (29).

C'est ce qui explique notamment que l'erreur de diagnostic ne soit pas en principe une faute engageant la responsabilité du médecin. « Attendu, dit en effet une décision (30), que... les médecins ne sont pas infaillibles et ne se donnent pas pour tels, et lorsqu'un malade se confie à eux, il est toujours entendu entre eux et lui qu'il doit leur être permis d'être induits en erreur par suite de l'insuffisance inévitable de leur art; que cette erreur et l'insuccès de leurs traitements ne peuvent avoir pour résultat d'engager leur responsabilité si ce n'est dans les cas où ils se sont rendus coupables d'imprudence, de légèreté et négligence ou d'ignorance manifeste... »

Les magistrats, pour rechercher si les principes médicaux ont été violés, auront le plus souvent recours à des expertises, et l'on ne pourra pas leur reprocher de le faire, s'ils estiment n'avoir pas la possibilité d'apprécier le caractère critiquable ou non, du point de vue scientifique, des faits incriminés (31). Mais

(27) Cf. Alfred Moreau : *La Responsabilité Médicale*, Bruxelles. 1891. pages 15 et suiv.

(28) Planiol, Ripert et Esmein : *Traité pratique de Droit Civil*, tome VI, Obligations, 1<sup>re</sup> partie, Paris 1930, 524.

(29) Trib. Fédéral Suisse, 10 juin 1892 : D<sup>r</sup> Dormann c/Hochstrasser. S. 1892, 4. 38.

(30) Trib. Civ. Valence, 20 mars 1898, cité par Vibert : *Médecine légale*, p. 826.

(31) Douai, 15 avril 1897, S. 1898, 1. 78 : D<sup>r</sup> W... c/L...

il faut noter que, suivant une jurisprudence constante (32), ils ne seront pas astreints à suivre l'opinion des experts, si leur conviction s'y oppose, laquelle peut résulter, dans les questions de fait, de simples présomptions (33).

Si les tribunaux, au lieu de peser le plus ou moins de gravité des fautes selon une échelle qu'il serait difficile de construire autrement que par l'arbitraire, savent ainsi tenir compte avec discrétion des usages et des règles communes de prudence et faire en sorte que les médecins ne soient pas sans cesse hantés par la crainte d'une responsabilité pénale ou civile, il ne sera pas à craindre que soient gênés « dans leur application le libre exercice et les progrès de l'art de guérir » (34), et arrêtées « les initiatives hardies qui sont nécessaires au progrès de la science médicale comme à l'intérêt immédiat des malades » (35).

La responsabilité n'étant que la sanction des engagements pris implicitement ou expressément par les médecins, ceux d'entre ceux-ci qui auront consciencieusement et normalement rempli leur office, n'auront pas lieu d'être inquiétés par d'intempestives réclamations.

33. *Aggravation de la responsabilité médicale concomitante avec le progrès de la science.* — Il est cependant hors de doute que, de nos jours, augmente la tendance qu'on a à rechercher, à la charge des chirurgiens, ce que nous appellerons des fautes de vigilance. Ce n'est pas seulement parce que, comme se lamentent certains, le public montre de plus en plus un état d'esprit déplorable fait de dénigrement, d'ingratitude et de malveillance plus ou moins intéressée.

(32) Cass. Civ., 1<sup>er</sup> mars 1926 : Chemin de fer du P. O. c/Wallon, Dh. 1926. 300. — Paris, 6 février 1930 : Paulot c/Brémond, G. Trib. 1930. 1. 2. 327.

(33) Une telle règle n'est pas obligatoirement défavorable au médecin, car il est déjà arrivé que des tribunaux rejettent l'avis d'experts qui concluaient à la responsabilité du médecin (Trib. Corr. Seine, 20 juillet 1907 : Min. Publi. et dame Peyronnette c/D<sup>r</sup> Cormon, S. 1910. 2. 153; n. E. H. Perreau. — Paris, 4 mars 1898 : Min. Publ. c/D<sup>r</sup> Laporte, D., 1898. 2. 449.)

(34) Trib. Civ., Cambrai, 15 mars 1900 : Vve Legrand c/D<sup>r</sup> T... ; « Le Droit », 12 juin 1900.

(35) Douai, 19 janvier 1931 : époux Veret-Daquin c/D<sup>r</sup> D... ; G. P., 1931. 2. 773, sous-note a. — Dans les mêmes termes : Trib. Civ. Seine, 29 mars 1911 : dame C... c/D<sup>r</sup> Ch... ; G. P. 1911. 2. 39, et Trib. Civ. Lyon, 10 novembre 1923 : Glutz c/D<sup>r</sup> Hochmann ; G. Tr. 30-12-23.

Cela tient surtout aux progrès mêmes de la science qui modifient constamment le contenu des obligations du chirurgien, en les augmentant et les précisant sans cesse.

En effet, dans le premier âge de la chirurgie moderne, l'homme de l'art pouvait raisonnablement revendiquer une irresponsabilité assez étendue, et tout le monde la lui reconnaissait. Le caractère conjectural de sa profession, les risques normalement très élevés que faisait courir la moindre opération, l'absence d'aseptie, tout cela faisait que ceux qui se livraient au bistouri ne pouvaient raisonnablement exiger de l'opérateur des obligations très précises, et que les guérisons étaient le plus souvent le fait d'habiletés quasi surhumaines.

Depuis cinquante ans, fort heureusement, la chirurgie, qui, tranchant dans la chair vive, ne saurait sans doute atteindre à la précision de l'art mécanique, a du moins subi une évolution prodigieuse, parallèle à celle par quoi la science en général a transformé le monde. Une opération chirurgicale, évidemment toujours encore incertaine, dont les résultats sont toujours plus conditionnés encore par la nature que par l'activité de l'opérateur, n'est tout de même plus cette sorte de monstrueux jeu de hasard, d'appel au miracle qu'elle constituait jusqu'à la fin du siècle dernier.

Grâce aux connaissances accrues que les hommes de l'art ont accumulées et se sont enseignées, ceux-ci ont amélioré leurs facultés et offert plus de possibilités aux gens qui ont recours à eux. Il est normal qu'on attende d'eux ce qu'ils offrent aussi généreusement, et qu'ainsi les contrats qui se nouent renferment pour les praticiens des obligations, qui sont d'autant plus étroites que les règles de l'art le deviennent également.

Loin de diminuer aux yeux des foules, leur légitime prestige collectif ne fait que s'en accroître. Une corporation n'est pas plus haut placée dans l'esprit du public, si, à côté d'une masse d'hommes sans grande puissance, elle renferme quelques rares thaumaturges. Elle gagne, au contraire, en considération, lorsque deviennent plus sérieuses et plus sûres les règles qu'elle se donne et que leur observation garantit de plus en plus les résultats recherchés.

Quand la profession médicale a-t-elle le plus joui de la faveur générale ?

Lorsque Molière réussissait à la bafouer en faisant dire à M. Dyafoirus : « Vous n'avez à répondre de vos actions à personne, et pourveu que l'on suive le courant des règles de l'art, on ne se met point en peine de tout ce qui peut arriver... On n'est obligé qu'à traiter les gens dans les formes ».

Où de nos jours lorsque précisément, en raison même des progrès de la science, c'est l'observation des formes et des règles de l'art qui sauvegarde la responsabilité du médecin, et que, loin de faire sourire, l'aphorisme du père Dyafoirus est universellement reconnu comme juste et légitime ?

Que, grotesque au XVII<sup>e</sup> siècle, une pareille phrase, si elle était mise dans la bouche d'un contemporain, paraisse naturelle, c'est là l'honneur de la médecine moderne. Elle peut se dire que si ses membres prétent plus le flanc aux possibilités de réclamations, c'est parce que les règles de l'art ne sont plus un risible et pauvre fatras, mais un ensemble raisonné de prescriptions dictées par la science et la conscience des médecins et offrant par là de plus considérables garanties d'efficacité.

## SECTION II

### RESPONSABILITÉ PÉNALE

34. *Les articles 319 et 320 du Code Pénal.* — On ne peut étudier les problèmes de la responsabilité médicale sans tout au moins signaler la question de la responsabilité pénale.

En principe, cette responsabilité a le même fondement que la responsabilité civile. En effet, le délit qu'on pourrait reprocher au chirurgien fautif consiste, aux termes des articles 319 et 320 du Code Pénal, à commettre involontairement un homicide ou des blessures, ou à en être involontairement la cause, « par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements ». Ce texte est applicable aux médecins comme à quiconque (36).

De tels agissements sont bien la conséquence du défaut de soins qui constitue, sur le plan civil, la contravention du médecin à ses obligations (37). Mais si, chaque fois qu'on relève con-

(36) Cass. Grim., 28 mai 1891 : Perret c/Min. Publi., D. 1892, 1. 195.

(37) Cf. note E. H. Perreau, S. 1924, 2. 17.

tre le médecin des faits engageant sa responsabilité pénale, sa responsabilité civile se trouve de ce fait automatiquement établie, il faudrait se garder de renverser ce raisonnement. Les sanctions pénales sont autrement délicates à manier que les sanctions civiles. Dans une instance pénale, c'est le Ministère Public, représentant de la Société, qui est demandeur. Il faut donc, pour qu'une peine soit prononcée, que la Société ait subi une atteinte. Or, on peut parfaitement concevoir qu'un préjudice ait été causé à un individu, du fait de l'activité d'un médecin, mais que la faute de celui-ci ne soit pas telle qu'elle constitue un danger pour la Société. Il n'y a là qu'une question de fait, toujours délicate à trancher.

C'est ainsi que les tribunaux ont un pouvoir souverain d'apprécier si un fait qui, sur le plan civil est une faute, constitue ou « ne constitue point la maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements visés en l'art 319 » et ils peuvent décider que, « en admettant qu'elle puisse donner lieu à une action civile, elle ne saurait être l'objet d'une sanction pénale » (38).

De cette séparation de fait entre la conception de la réparation privée et de la sanction publique, on sera amené à conclure, qu'à l'inverse, un acquittement prononcé par les tribunaux repressifs ne supprimera pas forcément la possibilité pour le client mécontent de ramener le débat devant le tribunal civil.

Les tribunaux correctionnels, d'ailleurs, ne prononcent que très rarement des condamnations contre les médecins. Ils ne sauraient faire mieux que de persister dans cette voie de prudence et de sagesse.

Un tribunal correctionnel acquittant un chirurgien paraît avoir assez justement posé la règle en disant : « qu'on ne saurait toutefois, sans dépasser l'intention du législateur et sans mettre en péril l'intérêt qu'il a précisément voulu sauvegarder (la conservation de la vie et de la santé humaines), inculper les personnes pratiquant l'art de guérir à raison de tout agissement ayant occasionné un préjudice au malade, ce qui aurait évidemment pour résultat de détruire toute initiative et toute liberté dans le traitement des maladies et les opérations présentant des risques;

(38) Alger, 17 mars 1894 : B... c/dame M... et Dr R..., D. 1895, 2. 69. Voir dans le même sens, Paris, 4 mars 1898 : Min. Publ. c/Dr Laporte, D. 1898, 2 449.

qu'il convient donc de reconnaître que, pour observer une juste mesure : 1° la simple application de théories ou de méthodes médicales sérieuses, appartenant exclusivement au domaine de la science et de l'enseignement, ne doit pas entraîner de responsabilité pénale; 2° l'inobservation des règles générales de prudence et de bon sens auxquelles est soumis l'exercice de toute profession, la négligence accentuée, l'inattention grave, l'impéritie inconciliables avec l'obtention du diplôme exigé du médecin pour qu'il soit autorisé à pratiquer son art, peuvent et doivent, au contraire, entraîner cette responsabilité » (39).

MM. Garraud et Laborde-Lacoste (40) expliquent qu'il est admis que, si les conditions normales d'exercice de la profession sont réunies, des actes qui en dehors de cette profession seraient illégaux, deviennent licites. Ils en concluent que trois conditions sont également indispensables pour qu'une opération puisse être considérée comme licite parce qu'effectuée avec la permission de la loi : but curatif, absence d'imprudence ou de négligence, consentement du patient.

Cette dernière condition nous paraît même superflue. L'absence de consentement du patient peut entraîner des conséquences civiles quant à la validité du contrat. Mais si l'opération a été faite dans l'intérêt du client et suivant les règles normales de prudence, on ne voit pas le préjudice qui a pu en résulter pour le malade. On voit encore moins pourquoi le chirurgien verrait sa responsabilité pénale engagée. C'est ce qu'a jugé la Cour d'Alger (41), en refusant de condamner un chirurgien qui avait pratiqué une opération, laquelle lui avait été interdite par les parents du malade. Il n'y a pas là, dit très justement la Cour, la maladresse, imprudence, négligence ou inobservation des règlements visée en l'art. 319 du Code pénal.

Restent les deux premières conditions.

On a pu, pour obéir à la première, condamner des tenanciers de clinique spécialisée, qui après un examen superficiel et

(39) Trib. Corr. Seine, 20 juillet 1907 : Min. Publ. et dame Peyronnette c/D<sup>r</sup> Cormon, D. 1912, 2. 356 et S. 1910, 2. 153 note E. H. Perreau.

(40) P. Garraud et M. Laborde-Lacoste : *Le rôle de la volonté du médecin et du patient* ; Rev. Gén. de Droit et de Jurisprudence, 1926, p. 129, N° 22.

(41) Alger, 17 mars 1894 : B... c/dame M..., et D<sup>r</sup> R..., D. 1895, 2. 69.

vain, sans aucun des instruments nécessaires, sans aucune précaution, avaient appliqué à un malade, qui croyait avoir contracté une maladie vénérienne, alors que vraisemblablement, il n'en était pas atteint, le traitement qu'ils ordonnaient automatiquement à leurs clients, et avaient ainsi entraîné la mort du patient (42). C'est là évidemment un cas extrême de négligence et imprudence aux termes de l'art. 319. Et obéissant à la seconde condition, on a condamné un chirurgien qui avait établi « un diagnostic à la légère, en négligeant de s'entourer de tous les renseignements nécessaires ou même simplement utiles pour éclairer sa religion, et sans avoir recours aux procédés de contrôle et d'investigation recommandés par la science » (43), ainsi qu'un chirurgien qui n'avait pas pris les précautions d'usage au cours de l'intervention (44). Une cour d'appel semble estimer qu'une faute, pour être pénalement punissable, doit être une « faute lourde » (45).

Par contre, un médecin, en accouchant une femme au domicile de celle-ci, et en pratiquant la craniotomie, même s'il n'a pas opéré « avec la prudence et l'habileté désirables », n'est pas punissable, si, appelé déjà trop tardivement dans la nuit, il a agi « dans des conditions absolument déplorables de milieu, d'entourage, d'assistance et d'aide matérielle », s'il pratiquait pour la première fois cette opération imposée par les circonstances, et s'il n'avait entre ses mains qu'une instrumentation défectueuse telle que des accidents opératoires pouvaient être à redouter même entre des mains plus expérimentées (46). D'ailleurs, Garçon (47) spécifie qu'un chirurgien ne peut être condamné « pour cela seul qu'il a fait maladroitement une opération qu'un praticien plus habile aurait mieux réussie ».

(42) Cass. Crim., 16 avril 1921 : docteurs Croso et Latour, D. 1921, 1. 184.

(43) Rouen, 21 avril 1923 : Petit c/D<sup>r</sup> Vallet, G. P. 1923, 2. 247, S. 1924, 2. 17, note E. H. Perreau.

(44) Amiens, 16 juillet 1931 : Dlle Gaillard et Min. Public c/D<sup>r</sup> L... ; G. P., 1931, 2. 773.

(45) Lyon, 17 novembre 1904 : D<sup>r</sup> W..., S. 1907, 2. 233.

(46) Paris, 4 mars 1898 : Min. Public c/D<sup>r</sup> Laporte, D. 1898, 2. 449.

(47) Garçon : *Code Pénal annoté*, Paris 1901-1906, art. 319 et 320, N° 192.

35. *L'article 309 du Code Pénal.* — Le délit prévu par les articles 319 et 320 du code pénal vise des coups et blessures donnés involontairement. Mais Garçon (48) fait observer que c'est bien volontairement que le chirurgien porte atteinte à l'intégrité corporelle du patient. Pourquoi, dans ces conditions, les textes applicables ne seraient-ils pas les articles 309 et suivants du code pénal qui punissent « tout individu qui, volontairement, aura fait des blessures ou porté des coups ou commis toute autre violence ou voie de fait » ? Parce que, répond Garçon, le chirurgien est autorisé à faire tous les actes qui ont un *but curatif*.

Il est bien évident, en effet, que les coups et blessures volontaires visés par l'art. 309 sont ceux qui sont causés par une intention précisément contraire à un but curatif. Lorsqu'un individu en frappe volontairement un autre, c'est dans un esprit de ressentiment et avec l'intention bien arrêtée de nuire. Il ne s'agit donc que de violences faites en général dans une intention malicieuse et qui ne peuvent pas être interprétées comme susceptibles d'être utiles à la victime. L'article 309 ne peut avoir d'autre sens.

Cet adverbe « volontairement » accolé à l'énumération de l'art. 309, en précise et en limite le sens. La volonté qu'il retient n'est pas seulement celle de porter matériellement des coups, mais de porter des coups avec la volonté de nuire.

Or, l'intention du chirurgien est précisément à l'opposé de cette conception. Par l'intervention qu'il est autorisé à pratiquer, il poursuit le but de guérir son client. Ses actes, qui tendent, malgré leur apparence, à soulager le malade, ne peuvent donc être qualifiés, et quelques maladroits qu'ils puissent être, ni de blessures, ni de coups, ni de violences, ni de voies de fait volontaires.

Les chirurgiens ne sont donc pas justiciables de l'art. 309, parce que leurs faits et gestes ne rentrent pas dans l'énumération des actes illicites visés par ce texte.

Il en serait évidemment autrement, si, sortant de son rôle, qui consiste à tenter la guérison, le médecin portait une atteinte à l'intégrité corporelle de son malade, en dehors de toute intention curative. C'est ainsi que deux médecins ont été frappés d'une

(48) Garçon : *Code pénal annoté*, Paris 1901-1906, art. 311, Nos 80, 81, 82, 83 et 84.

condamnation de principe (49) pour avoir, dans un but purement expérimental, inoculé à un jeune teigneux, le pus d'accidents secondaires de la syphilis. Le malade ne pouvait pas profiter d'un tel traitement, il ne courait aucun risque favorable, mais uniquement celui de voir son état aggravé. La permission de la loi qui déroge, pour les hommes de l'art, au droit commun, uniquement parce qu'il s'agit pour eux de soulager ceux qu'ils semblent blesser, ne pouvait jouer en l'espèce et débarrasser l'acte du médecin du caractère visé par l'article 309.

### SECTION III

#### FONDEMENT JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

##### § I. — MISE A L'ÉCART DE L'ART. 1384 C. CIV.

36. — Nous allons examiner si la responsabilité du chirurgien doit trouver son fondement dans la théorie des quasi-délits et si l'art. 1382 est bien le texte que doivent viser les décisions. Nous verrons que bien souvent, sans peut être approfondir suffisamment la nature des relations entre les parties, de nombreuses décisions se sont référées à cet article. C'est que somme toute, dans bien des cas, le résultat pratique était identique à celui qui eût découlé de l'application du principe d'une responsabilité contractuelle, laquelle nous paraît mieux répondre à la réalité des faits.

Cependant certains plaideurs ont voulu aller plus loin encore et demander contre les chirurgiens l'application, non seulement de l'art. 1382 qui sanctionne le fait de l'homme lui-même, mais encore de l'article 1384, qui sanctionne le seul fait de la chose dont l'homme a la garde.

Si la responsabilité qui doit intervenir est, comme nous le pensons, une responsabilité contractuelle, alors, *a priori*, l'application de l'article 1384 doit être écartée. L'article 1384, paragraphe 1, n'est pas applicable, en effet, en matière de responsa-

(49) Trib. Corr. Lyon. 15 déc. 1859 : Min. Publ. c/docteurs Guyénot et Gailleton, D. 1859, 3. 87.

bilité contractuelle (50). Comme le dit très justement un jugement du Tribunal Civil de Marseille (51), lorsque c'est la victime qui a sollicité ou accepté qu'il soit fait à son égard un emploi déterminé de la chose, la convention qui est alors intervenue a pour effet de déplacer la cause de la responsabilité que peut encourir celui qui a fait usage de la chose, et ce n'est plus comme gardien qu'il peut être responsable du dommage causé, mais parce qu'il a pris la responsabilité de l'emploi qu'il devait faire de cette chose. On comprend que la présomption de responsabilité ne l'accable pas et qu'il soit dans une situation plus favorable, parce qu'il n'a pas imposé à la victime le contact de la chose. La victime, à qui l'on peut, comme toujours en matière médicale, poser la question « *curtalem egeris* », a accepté de supporter le risque de l'emploi normal de la chose.

Elle doit établir le manquement à une obligation dont elle a accepté les modes d'exécution. Il n'y a aucune raison de lui conférer la situation privilégiée du tiers qui n'est pour rien dans l'usage de la chose dangereuse. Mais nous allons voir que même si l'on admettait, avec certains, la théorie de la responsabilité délictuelle, il serait impossible, en l'espèce, de faire intervenir l'art. 1384.

C'est, depuis les dernières années du XIX<sup>e</sup> siècle, que la jurisprudence, appuyée d'ailleurs par le législateur, a de plus en plus fait jouer la présomption de responsabilité résultant de l'art. 1384, paragraphe I, à l'encontre du « gardien » de la chose du fait de laquelle provenait le préjudice.

Or, le patient peut subir un préjudice du fait du maniement, par le chirurgien, de « choses inanimées » aux termes de l'art. 1384 : bistouri, thermocautère, appareils radiothérapiques, bouillottes, etc... etc...

Doit-on dire, alors, en poussant le raisonnement tiré de l'application extensive de l'art. 1384 jusqu'à l'extrême, que chaque fois que le malade subit un préjudice à la suite du manie-

(50) Lalou : *La Responsabilité Civile*, Paris 1932, 1278 et suiv. — H. et L. Mazeaud : *Traité de la Responsabilité Civile*, 2<sup>e</sup> édition, Paris 1934, tome II, 1290 et suiv. — Trib. Civ., Belfort, 19 déc. 1934 : A... c/M..., cité par A. Peytel dans « *Paris Médical* », juin 1935. — P. Durand : *Des Conventions d'irresponsabilité*, thèse droit, Paris, 1931. 33.

(51) Trib. Civ. Marseille, 5 mai 1930 : époux Mercier c/D<sup>r</sup> Nicolas. Dh., 1930, 389.

ment d'une de ces « choses », le chirurgien en est présumé responsable ? Et par voie de conséquence obligatoire, celui-ci pourra-t-il seulement se décharger de cette responsabilité, non pas en se contentant de démontrer qu'il n'a commis aucune faute, mais en prouvant le cas fortuit, la force majeure ou la faute de la victime, preuve impossible à fournir en l'espèce ?

Certains auteurs ont été jusqu'à le soutenir, en y voyant même un avantage pour les chirurgiens, dont la réputation ne serait pas effleurée du fait de l'automatisme même de la condamnation. On n'aurait plus, disent-ils, à rechercher âprement si une faute a été commise. Il suffirait d'établir la matérialité de la blessure et la relation de cause à effet. Ainsi, la confiance indispensable, qui doit régner entre le médecin et son malade, en serait accrue. Tout se réduirait à une question d'assurances.

Le corps médical ne trouverait certes, dans un tel raisonnement, qui paraît friser l'ironie, qu'une piètre consolation et M. Bonnet-Roy (52), qui cite cette opinion (53), fait très justement observer que « ce qui nuit à la réputation d'un médecin, ce n'est pas l'*âpreté des procès*, c'est le procès, même injustifié, c'est la condamnation, même injustifiée ».

Mais sans qu'il soit besoin, pour écarter le recours à l'art. 1384, d'en démontrer l'injustice des conséquences pratiques, il est deux raisons de principe qui doivent empêcher les tribunaux d'appliquer ce texte aux chirurgiens.

Il se livre, autour du jeu de l'art. 1384, une grande bataille de doctrine. Lorsque, pour les premières fois, Saleilles et M. Josserand, en ont préconisé l'application actuelle, les théoriciens classiques se sont violemment insurgés contre la possibilité d'une responsabilité sans faute. Aujourd'hui, la Cour de Cassation, par des arrêts célèbres, a définitivement consacré le principe de la responsabilité automatique du gardien de la chose.

Les traditionalistes se bornent alors à soutenir que l'art. 1384 sanctionne la faute de celui qui a mal gardé sa chose.

Par contre, dans une théorie qui nous paraît plus conforme, à la fois, à la réalité actuelle du monde économique, aux raisons

(52) F. Bonnet-Roy : *Responsabilité Médicale* : « Le Bulletin Médical », 30 septembre 1933.

(53) Opinion émise notamment par Mlle M.-M. Guilhou dans « Le Temps » du 3 septembre 1933.

pratiques qui ont déterminé et la jurisprudence et le législateur à étendre depuis quarante ans l'application de l'art. 1384, et enfin aux cas d'espèces où bien souvent les tribunaux ont condamné des « gardiens » à l'encontre desquels il paraît impossible de reprocher la moindre faute, M. Jossierand a développé l'idée très séduisante suivant laquelle la présomption de responsabilité s'attache à celui qui, pour son profit, introduit un *risque* dans la société.

Qui donc, dans les relations entre chirurgien et malade, introduit un risque dans la société ? Est-ce le praticien qui, pour suppléer à l'insuffisance des moyens naturels, a, dans le but de guérir le malade, manié les instruments que la science moderne met à sa disposition ? N'est-ce pas bien plutôt le patient qui, sans même qu'il soit besoin de dire comme le font certains (54), qu'il accepte le risque de l'opération, apporte à l'homme de l'art un corps souffrant, frôlant le risque de la maladie et de la mort ? Le rôle du chirurgien n'est donc pas d'introduire dans la société un risque supplémentaire, mais bien au contraire de combattre les risques qui proviennent du fait du malade. Ce n'est pas contre lui que doit jouer la présomption de responsabilité. Il n'a pas aggravé les risques courus par le malade. Il faudra donc, si l'on suit la théorie du risque, en écarter l'application au médecin et imposer à l'adversaire de celui-ci la preuve de la faute.

Mais, sans avoir même à prendre parti dans le débat qui se déroule autour de la théorie du risque, on devra éviter au chirurgien l'application de la présomption de responsabilité. En effet, cette présomption ne correspond pas à l'usage que le chirurgien fait de sa chose. Considérons les espèces dans lesquelles la jurisprudence a présumé, en allant souvent très loin, la responsabilité du gardien. Que ce soit pour une chaudière ou un siphon qui éclatent, une automobile dont l'accident fait des victimes, un fusil de chasse qui atteint par erreur un individu, la présomption de l'art. 1384 a joué parce que la chose était détournée de l'usage auquel elle était destinée ou appliquée à une personne qu'elle ne devait pas atteindre. Jamais le gardien n'avait eu l'intention de faire produire à la chose un effet quelconque sur la personne finalement touchée. On peut alors parler de « fait de la chose » s'opposant au « fait de l'homme ». Mais,

(54) M. Nast : note au D. 1932. 2. 5. — Douai, 26 mars 1934 : Ménart c/D<sup>r</sup> Desplats. « Recueil », Douai, 1934, 178.

lorsque le préjudice résulte directement de l'usage que l'homme a volontairement fait de la chose, lorsqu'il atteint la personne pour qui ou contre qui l'homme a été amené à se servir de la chose, c'est l'art. 1382 seul que font jouer les tribunaux. C'est, nous semble-t-il, après examen des espèces sur quoi s'est prononcée la jurisprudence, le critère résultant de cette double condition, qui doit finalement permettre de savoir où s'arrête le fait de la chose et où commence le fait de l'homme, et si oui ou non, l'automatisme de l'article 1384 doit frapper le gardien.

Aussi, alors que la jurisprudence applique la présomption de responsabilité au chasseur qui appuie intentionnellement son doigt sur la gâchette, mais blesse une personne qu'il n'avait certes pas visée (55), elle écarte l'art. 1384, à part une ou deux décisions de tribunaux inférieurs (56), dans le cas des médecins qui, intentionnellement, ont appliqué à un patient un appareil radio-électrique (57), une bouillotte (58), etc... pour l'usage qu'ils recherchaient, mais qui, peut-être par leur imprudence, ont abouti à des conséquences préjudiciables. Il y a alors lieu de rechercher si cette imprudence existe, et nous retombons dans le fait de l'homme.

## § II. — RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE OU RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

37. *Existence d'un contrat à l'origine de la responsabilité.* — Non seulement il nous paraît que l'art. 1384 doive être écarté en tout état de cause, dans toutes les instances en responsabilité dirigées contre les médecins et chirurgiens, pour les faits de leur

(55) Paris, 16 nov. 1929 : Brocard c/Lacroix, D. 1930, 2.<sup>e</sup> 405 ; n. Josserand. — Amiens, 20 juin 1933 : Détony c/Poinset, Dh. 1933. 483.

(56) Trib. Civ. Morlaix, 17 mai 1933 : Le Bail c/D<sup>r</sup> X... ; G. P., 8 juillet 1933, sous-note. Dans cette affaire, la Cour d'appel, puis la Cour de Cassation, n'ont d'ailleurs pas suivi cette opinion.

(57) Rennes, 14 nov. 1934 : D<sup>r</sup> X... c/Le Bail ; G. P. 12 janv. 1935, infirmant la décision rapportée à la note précédente, confirmé par Cass. Req., 15 juin 1937 ; G. P., 7 octobre 1937. — Trib. Civ., Nantes, 20 janvier 1925 : Guieau c/D<sup>r</sup> B... ; G. P. 14 mars 1925. — Douai, 26 mars 1934 : Ménart c/D<sup>r</sup> Desplats. Rec. Douai, 1934. 178, confirmé par Cass. Req., 1<sup>er</sup> juillet 1937, S. 1938. 1. 5.

(58) Paris, 4 juillet 1932 : consorts de C... c/D<sup>r</sup> P... et autres D. 1933. 2. 113. — Bourges, 2 février 1938 : D<sup>r</sup> B... c/Dlle Berger ; G. P. 30 avril 1938.

art, mais nous pensons que ce n'est pas dans le chapitre des délits et quasi-délits qu'il faille rechercher le fondement de la responsabilité médicale.

Comment, en effet, cette responsabilité peut-elle se trouver engagée ? A la suite de la mise en rapport de l'homme de l'art avec son client. Cette mise en rapport a déterminé la passation d'un contrat, c'est-à-dire d'un accord de deux volontés, productif d'obligations, sur un objet d'intérêt juridique. Accord : l'échange des consentements. Obligations : les soins pour le chirurgien, les honoraires pour beaucoup de clients. Objet d'intérêt juridique : la personne du malade (59).

Le contrat existe, d'ailleurs, depuis le moment où le chirurgien a été appelé en consultation, à partir de l'instant où il a accepté de donner son avis sur les soins nécessités par l'état du malade. Tant que l'une ou l'autre partie n'y a pas mis fin c'est le même contrat dont se poursuit l'exécution (60). Ainsi l'opération proprement dite n'en est qu'un des éléments. Elle ne résulte pas, le plus souvent, d'un nouveau contrat. Pas plus d'ailleurs que ne constitueraient des actes juridiques indépendants nés de contrats séparés, les étapes d'une intervention chirurgicale à phases multiples, où l'on peut être amené à substituer à l'opération entreprise une nouvelle opération de nature différente (hystéropexie transformée en hystérectomie à la suite de constatations faites au cours de l'intervention, application des fers suivie, en désespoir de cause, d'une opération césarienne, etc...) C'est un seul contrat, toujours le même, qui lie les deux parties. C'est donc, pour chacune des phases de l'intervention, la même origine de responsabilité : l'engagement pris par le chirurgien de donner ses soins, soit par ses conseils et prescriptions, soit par intervention chirurgicale, soit même, l'intervention commencée et se révélant inutile, par abstention. « Malgré l'apparence, ce n'est pas l'opération elle-même qui est exigée du chirurgien, mais la prestation des soins pour le rétablissement du malade. Cette idée seule permettra de résoudre

(59) Besançon, 20 mars 1933, Dh. 1933, 292 et sur pourvoi, Cass. Civ., 18 janvier 1938, G. P., 15 février 1938 : Dr A... c/Dr Retrouvey ; Trib. Bordeaux, 28 avril 1891 ; Le Droit, 1<sup>er</sup> octobre 1891 : C... c/Dr de C...

(60) Sauf lorsqu'il n'a été tout d'abord expressément demandé qu'une consultation et qu'il a été prévu que les soins du médecin ne seraient pas ultérieurement requis. Trib. Civ. Seine, 13 janvier 1934 ; G. Trib., 34. 1. 2. 130 ; Bressan c/docteurs Chevrel, Lemierre et Brelet.

avec aisance deux difficultés. Un médecin sera certainement reprochable de procéder à une ablation demandée qui, au cours de l'intervention, se révèle inutile... Inversement, il peut, sans demander une autorisation, procéder à tous les actes qui lui paraîtraient nécessaires, alors que l'incertitude du diagnostic apparaît pendant l'opération » (61).

Dans le contrat conclu, le chirurgien s'engage à mettre ses connaissances et ses aptitudes au service de la santé du patient. C'est de cette obligation que découlera entièrement la responsabilité qu'il sera susceptible d'engager au cours de son activité professionnelle.

Par contre, si la mission conférée à l'homme de l'art n'a pas eu ce caractère général, si un spécialiste a été requis par le malade et son médecin traitant, pour pratiquer une intervention d'un genre déterminé (radiographie par exemple), et s'il a dépassé son rôle (pratiqué par exemple des radioscopies prolongées) et occasionné de ce fait, en dehors de toute faute technique positive, un préjudice au client, il n'aura pas respecté son contrat. Il aura engagé ainsi sa responsabilité (62). Celle-ci trouve donc bien sa source dans le contrat.

D'ailleurs, le fait préjudiciable dont peut se plaindre le client, n'aurait été possible que du fait de l'existence du contrat. Si ce contrat n'avait pas été conclu, si les parties n'étaient pas entrées en rapport, si des liens juridiques ne s'étaient pas formés, l'activité professionnelle du chirurgien n'eût pas été employée et aucun préjudice n'eût pu être causé par son fait. En renversant ainsi le raisonnement de cette façon un peu simpliste, on comprend aisément que la source de la responsabilité du chirurgien se trouve bien au contrat qui lie les deux parties.

Aussi, la Cour de Cassation a-t-elle pu se prononcer expressément sur l'existence du contrat et la nature de l'obligation du médecin, et juger « qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade... du moins de lui donner des soins, non pas quelconques... mais conscien-

(61) Paul J. Durand : *Des Conventions d'Irresponsabilité* ; thèse droit, Paris, 1931, 56.

(62) Paris, 17 juillet 1936 : D... c/D<sup>r</sup> F..., Dh. 1936. 498 ; cf. *supra*, N° 7.

cieux, attentifs, et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science » (63). Cette formule, qui tend maintenant à être reproduite par les décisions de justice (64), résume très heureusement les obligations du médecin, dont la Cour de Cassation démontre qu'elles ont bien leur source dans le contrat. Elle « réserve, par sa souplesse, toutes les éventualités. Elle proscriit les expériences sur le corps humain, mais elle n'écarte pas toutes les initiatives, voire même toutes les audaces, auxquelles, dans des cas désespérés, un médecin ou un chirurgien... croient devoir recourir » (65).

Un tel contrat nous paraît être formé dans toutes les relations entre médecin et client, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la façon dont les rapports sont nés. Sans doute l'exemple le plus typique du contrat médical est-il celui du patient qui de lui-même va trouver tel médecin qu'il a choisi. Mais, nous l'avons vu plus haut (Cf. Supra n° 8), lorsque le malade ne peut exprimer valablement sa volonté, d'autres personnes sont qualifiées pour nouer à sa place des relations contractuelles. Nous ne voyons pas pourquoi, aussi bien, lorsque le malade veut recourir aux services publics d'assistance, il n'y aurait pas de contrat entre le malade et le praticien que lui désigne l'Assistance Publique.

Nous ne pouvons pas suivre à ce sujet la doctrine d'un récent arrêt de la Cour de Paris (66), qui, posant comme conditions à l'existence d'une convention, le libre choix du médecin par le client et l'acceptation du client par le médecin, en déduit que le concours des volontés n'intervient pas entre les médecins des hôpitaux et les malades hospitalisés par les services de l'Assistance Publique. Il nous semble, au contraire, qu'en l'espèce l'accord des volontés est bien intervenu : le malade a choisi de

(63) Cass. Civ., 20 mai 1936 ; D<sup>r</sup> Nicolas c/époux Mercier, D. 1936, 1. 88, avec conclusions du Procureur Général Matter, et note de M. Pilon.

(64) Trib. Civ. Seine, 4 janvier 1938 : Bekenstein c/D<sup>r</sup> Batisse et La Foncière ; G. Trib., 24 février 1938. — Cass. Civ., 18 janvier 1938 : D<sup>r</sup> A... c/ conjoints Retrouvey ; G. P., 15 février 1938. — Toulouse, 25 mai 1938 : professeur X... c/dame Y..., et Trib. Civ. Seine, 30 mai 1938 : dame Baudoux c/docteurs L... et D... et autres ; G. P., 5 octobre 1938.

(65) Note de M. Pilon au D. 1936, 1. 88.

(66) Paris, 18 mars 1938 : époux Gabel c/Ass. Pub. et docteurs Lenglet et Balot ; G. P., 2 juin 1938 ; dans le même sens : Colmar, 24 décembre 1936 : Freydt c/D<sup>r</sup> B... ; G. P., 23 février 1937.

se faire soigner par les médecins qui lui seront désignés par l'Assistance Publique, le médecin a accepté de soigner les malades hospitalisés par l'Assistance Publique. Les relations ne sont pas nées entre les parties, par le fait du hasard, les parties ne sont pas des tiers l'une à l'autre. Elles se sont rencontrées par suite d'un accord de volontés.

L'intervention du service public n'a rien d'incompatible avec des relations contractuelles : on peut contracter avec un service public (en matière de transports par exemple), on peut encore mieux contracter par l'intermédiaire d'un service public qui, comme l'Assistance, s'il assure certaines prestations, se borne pour les soins médicaux à mettre en rapport malade et praticien. En effet, l'arrêt que nous rappelons, conforme en cela à une jurisprudence constante (67) indique très justement que l'Assistance Publique n'est pas le commettant des médecins qui ont seuls la responsabilité des traitements médicaux. Son rôle, à ce sujet, est donc bien de mettre en rapport le médecin et le malade. C'est une véritable stipulation pour autrui (68). Dans ces circonstances, il n'y a donc aucune raison, comme le fait l'arrêt du 18 mars 1938, de faire une exception à l'application de la responsabilité contractuelle et d'invoquer une responsabilité quasi-délictuelle.

Puisqu'à la base des relations entre médecin et client, en général, il y a contrat, on pourra alors invoquer l'art. 1142 du Code Civil et toutes ses conséquences. C'est-à-dire que si l'une ou l'autre partie contrevient à son engagement, si elle n'exécute pas son obligation, elle pourra être contrainte d'en fournir un équivalent plus ou moins approximatif, au moyen de dommages-intérêts auxquels elle sera condamnée.

Il s'agit, en effet, pour le médecin, d'une obligation de faire, comme celles que contractent la plupart des membres des professions libérales, dont les actes, on le reconnaît unanimement aujourd'hui, alors que s'est éteint, après Aubry et Rau, l'écho des conceptions romaines, sont susceptibles de former l'objet d'un contrat.

(67) Bordeaux, 6 février 1900 : Claveille c/D<sup>r</sup> Piéchaud et autres : D. 1900. 2. 470. — Trib. Civ. Seine, 6 juillet 1906 : Dulud c/D<sup>r</sup> Reclus et A. P. ; G. Trib., 21 octobre 1906. — Trib. Cor., Béthune, 7 février 1936 : D<sup>r</sup> B... c/M. P. et veuve L. ; Dh. 1936. 436. — Lalou : *La Responsabilité Civile*, Paris, 1932, 1045.

(68) Jean Mazen : *Essai sur la responsabilité civile des médecins*. Thèse droit, Grenoble, 1934, p. 66 — et *infra*, N° 105.

Lorsque le débiteur méconnaît son obligation, et ne l'exécute pas, la responsabilité qu'il engage est donc d'origine contractuelle, et les art. 1382 et suivants du Code Civil doivent être sans application en la matière (69).

38. *Tendance de certains auteurs et nombreux arrêts à viser l'art. 1382.* — Cependant, on trouve, dans de nombreuses décisions (70), et chez certains auteurs, parmi lesquels nous citerons Aubry et Rau, Ambroise Colin et M. Adrien Peytel (71), l'affirmation que c'est l'art. 1382 qui gouverne les principes de la responsabilité médicale, à l'exclusion des textes visant la responsabilité contractuelle. M. Peytel explique cette opinion, surtout par une raison d'opportunité dont nous allons voir à quel point elle est contestable, en soutenant que, si l'on admettait que la responsabilité soit d'ordre contractuel, « il suffirait au malade de prouver l'accord passé avec le médecin pour se plaindre de tout dommage survenu au cours du traitement ou de tout accident arrivé pendant l'opération ». Ce qui, évidemment, si cela était exact serait de nature à placer le corps médical dans une situation impossible.

Inversement, Ambroise Colin, soutient au contraire que le médecin ne s'étant engagé qu'à donner des soins, le seul fait de son intervention, si l'on se plaçait sur le terrain de la responsa-

(69) Cf. Cass. Req., 21 janvier 1890, D. 1891, 1.380 : Daygas c/Silvent.

(70) Par exemple, Trib. Civ. Havre, 22 mars 1924. G. Trib., 7 sept. 1924 : veuve Decary c/D<sup>r</sup> Michel. — Trib. Civ. Cambrai, 15 mars 1900; « Le Droit », 12 juin 1900 : veuve Legrand c/D<sup>r</sup> T... — Montpellier, 7 juin 1934, Dh. 1934, 483 : R... c/D<sup>r</sup> R... — Trib. Civ. Morlaix, 17 mai 1932 : Le Bail c/D<sup>r</sup> X..., G. P., 6 juillet 1933 (sous note), confirmé sur ce point par Rennes, 14 novembre 1934, G. P., 12 juillet 1935, mais corrigé par Cass. Req., 15 juin 1937, G. P., 7 octobre 1937. — Cass. Req., 21 juillet 1862, 1. 419 : X... c/Boulanger, D. 1862. 1. 419. — Trib. Civ. Seine, 29 octobre 1912, S. 1914. 2. 153, n. E. H. Perreau : C... c/D<sup>r</sup> L... — Cass. Req. 1835, Rep. Dalloz, V<sup>o</sup> Responsabilité, N<sup>o</sup> 129 : D<sup>r</sup> Thouret-Noroy c/Guigue. — Cass. Req., 21 juillet 1919, D. 1920. 1. 30 : Dufaïl c/D<sup>r</sup> Ripault. — Paris, 4 juillet 1932, D. 33. 2. 113, n. Lalou : consorts C... c/D<sup>r</sup> P... et autres.

(71) Aubry et Rau : *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> édit., t. VI, revu par M. Martin, Paris, 1920, par. 446, pages 371 et suiv. — Ambroise Colin : *La Responsabilité Professionnelle des Chirurgiens et des Médecins*, « La Presse Médicale », 25 mars 1911. — Jean Loup : *La Responsabilité Médicale* ; Répertoire Commaille, 1934, p. 213. — Adrien Peytel : *La Responsabilité Médicale*, Paris, 1935, p. 19.

bilité contractuelle, suffirait à l'exonérer entièrement, même si ses soins avaient échoué.

Mais une pareille théorie nous semble reposer sur une confusion, que mettent bien en lumière les observations conjuguées d'A. Colin et de M. Peytel. Le médecin, en effet, ne s'engage pas à procurer la guérison, ni à garantir la sécurité du malade contre un accident toujours possible en cours du traitement. Mais il ne s'engage pas seulement non plus à donner ses soins, à intervenir, à agir n'importe comment. En analysant l'obligation du médecin, M. Peytel nous paraît aller trop loin, et Ambroise Colin semble être trop peu exigeant. L'obligation du médecin ne consiste qu'à donner ses soins, mais à les donner de façon éclairée et consciencieuse et à prendre les précautions d'usage.

L'application des principes de la responsabilité contractuelle n'aurait donc pas du tout les conséquences contradictoires que l'on indiquait. Le médecin devra établir qu'il a consciencieusement donné ses soins et le seul énoncé de ses prescriptions ou du détail de son intervention suffira sans doute à le faire. Si une contestation s'élève sur le caractère plus ou moins heureux de son activité, les tribunaux trancheront la question en toute souveraineté, en s'appuyant, si besoin est, tant sur les moyens de preuve fournis par l'une et l'autre partie, que sur l'avis d'experts commis.

C'est pourquoi la tendance à appliquer l'art. 1382 n'apparaît pas heureuse à M. Henri Lalou (72). Cependant, la plupart des décisions de jurisprudence, ayant à trancher une question de responsabilité médicale, visent sans doute l'art. 1382, mais n'envisagent même pas le conflit doctrinal entre les deux théories de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité quasi délictuelle (ce qui, notamment pour les arrêts de Cassation, leur retire évidemment beaucoup de leur autorité sur ce point).

C'est que, nous le verrons, les différences pratiques apparaissent, au premier abord et dans les espèces examinées, assez peu importantes, et que « les tribunaux ne se préoccupent de différencier l'action délictuelle de l'action contractuelle que là où il y a un intérêt pratique à le faire » (73), et là où les plaideurs le leur demandent.

(72) Henri Lalou : *La Responsabilité Civile*, Paris 1932, 2<sup>e</sup> édit., 133.

(73) Henri Mazeaud : *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*. Rev. Trimestrielle de Droit Civil, 1929, p. 611, 52, n. 1.

C'est ce qu'explique expressément un arrêt de la Chambre Civile (74) qui refuse de déclarer irrecevable une demande formée en vertu de l'art. 1382, alors qu'en réalité, il s'agissait d'une responsabilité contractuelle (celle de l'hôtelier). Comme, en l'espèce (la Cour de Cassation a bien soin de limiter ainsi son observation), le contenu des deux responsabilités se trouve être le même, il n'y a pas lieu de tomber dans un formalisme excessif et ce n'est pas la qualification erronée qui doit compter. Il suffit qu'on trouve dans le rappel des faits servant de base à la demande l'indication de la violation des obligations contractuelles. Ce que la Cour de Cassation s'est bornée à faire, c'est à donner raison à un demandeur qui avait visé l'art. 1382, en fondant sa décision, non pas sur la responsabilité quasi-délictuelle, mais sur la responsabilité contractuelle, substituant ainsi d'autorité à une qualification erronée, la qualification juridique correcte des faits de la cause.

En fait, le déroulement du procès est le suivant, qui est assez simple : le malade établit un préjudice et prétend qu'un manquement aux règles de l'art a été commis, le médecin explique son activité et les juges décident alors si la responsabilité est ou non engagée (75).

Cependant, et surtout lorsqu'il s'agit d'arrêts de la Cour de Cassation, le défaut d'intérêt *pratique* ne nous paraît pas suffire à dispenser les magistrats de définir avec précision les fondements théoriques de leurs décisions. Sans doute, les juges, depuis la suppression des Parlements et la promulgation du Code Civil, n'ont-ils plus le droit de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire. Mais il est bien évident, tout de même, que l'autorité des décisions passées commande celles à venir et que la formation d'une jurisprudence est l'effet des recherches souvent désintéressées qui ont été faites dans chaque instance pour aboutir au maximum de précision juridique.

Même si cela paraît pratiquement inutile, il y a, tout au moins, un sérieux intérêt scientifique à ce que les magistrats serrent d'aussi près que possible les raisons juridiques qui commandent leurs décisions. Des problèmes insoupçonnés peuvent, d'ailleurs, se poser dans l'avenir et leur solution serait rendue

(74) Cass. Civ., 14 mars 1938; G. P., 20 mai 1938, Castro c/Menez.

(75) H. et L. Mazeaud : *Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1934, 148.

très difficile, si les décisions de justice précédentes, constituant la jurisprudence, avaient contenu des énonciations théoriques erronées ou peu précises. Il faut d'ailleurs noter que, surtout depuis l'arrêt de Cassation du 20 mai 1936, les tribunaux mettent maintenant beaucoup plus en évidence le caractère contractuel de la responsabilité médicale (76).

C'est pourquoi, quel que soit le caractère abstrait qu'elle paraisse revêtir, une telle discussion ne nous semble pas absolument inutile.

Un quasi-délit, comme l'a écrit Planiol (77), suppose deux personnes conventionnellement étrangères l'une à l'autre. Ce n'est donc pas le cas du médecin et de son client. D'autre part, les deux ordres de responsabilité délictuelle et contractuelle, présentant, selon certains, des « différences irréductibles » (78), on comprendra que nous nous attachions à bien mettre en lumière le caractère uniquement contractuel de la responsabilité médicale.

39. *Cumul ou non-cumul des deux responsabilités.* — Toutefois, ne pourrait-on pas couper court à toute discussion en admettant que, dans l'activité médicale, on retrouve la possibilité à la fois d'une responsabilité contractuelle et d'une responsabilité délictuelle ?

Il est en tout cas certain que, au cours de l'exécution d'un contrat, une des parties peut commettre un acte tombant sous le coup de la loi pénale. A côté de la responsabilité d'ordre contractuel qu'elle encourra pour l'inexécution de son obligation, et qui pourra être sanctionnée par les tribunaux civils, elle devra répondre de ses actes délictueux devant la justice répressive. Une responsabilité d'ordre purement délictuel sera ainsi également mise en lumière. C'est ainsi que le chirurgien, au cours de son intervention, peut se rendre coupable d'homicide ou de blessures par imprudence, et encourir une responsabilité qui trouvera sa source dans la commission de ces délits. Ce sont là les problèmes que nous avons entrevus dans la première section du précédent chapitre, sous la rubrique « Responsabilité pénale ».

(76) Notamment Trib. Civ. Seine, 16 janvier 1938 ; G. Trib., 1<sup>er</sup> février 1938 : dame Brack c/Dr Pascalis. — Les décisions de 1938 (sauf une) citées au numéro 37. — Trib. Civ. Seine, 1<sup>er</sup> juin 1937. G. Trib., 25 janvier 1938 : époux Bonnell c/Dr Versepuech.

(77) Planiol, note au D. 1896, 2. 457.

(78) L. Josserand : *Cours de droit positif*, Paris, 1930, t. 2, 481.

Mais ce n'est pas la question qui doit actuellement nous préoccuper, laquelle consiste à rechercher si le cumul est possible, non pas de la responsabilité *civile* et de la responsabilité *pénale*, mais bien de la responsabilité *contractuelle* et de la responsabilité *délictuelle* (ou plutôt *quasi-délictuelle*), qui toutes deux sont des responsabilités d'ordre civil. Il faut savoir si, devant un même tribunal, on pourra, dans une même instance civile, poursuivre la réparation d'un même fait préjudiciable en s'appuyant à la fois sur les articles 1142 et 1382.

On l'a prétendu (79), en soutenant notamment que, si la faute du médecin constitue une violation du contrat, elle réunit, en même temps, tous les éléments d'un quasi-délit.

M. Josserand nous paraît avoir fait justice d'une semblable théorie, en formulant cette observation d'évidence : prétendre que les deux responsabilités peuvent se cumuler pour un même rapport obligatoire donné, c'est se demander si des parties contractantes sont en même temps des tiers (80).

C'est là qu'est, en effet, la clé du problème. Lorsque des personnes ont passé entre elles des contrats, ces conventions leur tiennent lieu de loi. Notre droit civil, individualiste par essence, ne tient pas à prévoir les règles qui doivent régir les rapports entre les individus. Il préfère infiniment que ces individus eux-mêmes choisissent les normes qui leur paraissent convenir spécialement à leur activité. Et le titre des contrats, dans le Code Civil, ne contient que des dispositions d'ordre très théorique, laissant ainsi aux contractants une entière liberté qui n'est limitée que par les exigences de l'ordre public et des bonnes mœurs

(79) Louis Martin : *De la Responsabilité Civile des Médecins dans la législation française actuelle*, thèse droit, Paris, 1898, pages 10 et suiv. et 16 et suiv.

Abel Maurès : *Etude sur la Responsabilité Professionnelle et légale du médecin* ; thèse droit, Paris, 1900, p. 48.

H. Balmay : *La responsabilité médicale et le secret professionnel* ; thèse droit, Paris, 1909, 49 et 50.

Emile Lucien Manche : *La Responsabilité médicale au point de vue pénal* ; thèse droit, Paris, 1913, pages 90 et suiv.

Henry Fenié : *De la Responsabilité civile en chirurgie thérapeutique et plastique* ; thèse droit, Toulouse, 1930, p. 101.

Trib. Féd. Suisse, 9 décembre 1892 : Dr Meister c/B..., S. 1893. 4. 16.  
Toulouse, 25 mai 1838 : prof. X... c/dame Y... ; G. P., 5 octobre 1938.

(80) L. Josserand : *Cours de Droit Civil Positif*, Paris, 1930, t. II, 482.

Ce n'est que lorsque les individus n'ont pas pu prévoir de conventions particulières pour régir leurs rapports, parce que précisément ces rapports étaient imprévus, lorsque les individus étaient étrangers l'un à l'autre avant leur mise en contact litigieuse, lorsque, pour tout dire, ils sont l'un à l'autre des *tiers*, que la loi, pour suppléer à leur carence forcée, est bien contrainte d'édicter des règles obligatoires. C'est ce qui a pu faire écrire à M. Josserand (81) que le régime légal, la responsabilité délictuelle, était *subsidaire* à la responsabilité contractuelle.

Inverser une telle proposition serait rendre parfaitement inutile toutes les dispositions légales sur les contrats, puisque alors, tel le code du Roi Pausole, le droit se réduirait à la règle élémentaire de l'art. 1382 qui peut s'écrire comme le faisait Pierre Louys :

« I. — Ne nuis pas à ton voisin.

II. — Ceci posé, fais ce qu'il te plaît ».

Le droit serait contraint de se résumer en une règle aussi schématique, si les rapports entre les hommes ne résultaient que du hasard. Mais à partir du moment où ces rapports se forment de par la volonté des individus et où la société permet à ceux-ci de s'imposer des obligations détaillées, ce sont ces obligations qui tiennent lieu de lois particulières, et qui suppriment entièrement la nécessité de la règle vague de se contenter de la réparation du préjudice causé par la faute. Dans les rapports de hasard, la victime n'est absolument pour rien dans la création de la situation dont elle souffre. Aussi l'auteur du préjudice pourrait-il être traité plus sévèrement (quant à l'étendue de la réparation ou le point de départ des intérêts) que dans les rapports de volonté, où la victime a placé sa confiance dans son co-contractant (82).

Ce sont ces différences fondamentales qui conduisent à la distinction des responsabilités. Puis, par voie de conséquence

(81) Josserand : note au D. 1927, 4. 105.

(82) Cf. J. Crouzel : *La distinction des deux responsabilités civiles*, « Revue Générale de Droit et de Jurisprudence », 1926, p. 253. — Planiol et Ripert : *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Paris, 1926, tome II, 897.

logique, les auteurs les plus importants (83) ainsi que, en général, la Cour de Cassation (84), ont exclu l'intrusion du droit délictuel dans le domaine contractuel, déclaré que les articles 1382 et suivants sont inapplicables en matière de contrats, matière uniquement régie par les articles 1134 et suivants, et adopté la théorie du non-cumul des deux responsabilités (85). Comme l'a dit le Procureur Général Matter (86) : « Entre les deux domaines, il y a incompatibilité, il faut choisir ».

40. *Application de l'article 1142 du Code Civil.* — On ne peut donc pas cumuler la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, et l'article 1382 ne peut pas s'appliquer à la responsabilité médicale. La disposition légale, qui devra la régir, sera donc exclusivement constituée par les articles 1134 et suivants du Code Civil (87), et notamment l'article 1142 : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». C'est le domaine de la responsabilité contractuelle.

M. Rouast (88) a d'ailleurs poussé plus loin la discrimination, après avoir étudié les deux responsabilités, délictuelle et contractuelle, en distinguant un troisième ordre de responsabilité, la responsabilité professionnelle, celle qu'on encourt pour les actes commis à l'occasion de l'exercice de la profession, et

(83) Demolombe : *Cours de Code Napoléon*, t. 31 ; *Des contrats*, t. 8, Paris, 1882, 472 et 477. — Josserand, *op. cit.* — H. Lalou : *Du fondement juridique de la responsabilité civile des médecins*. Gaz. Trib., 2, 3, 4 novembre 1919.

(84) Cass. Civ., 6 avril 1927, D. 1927, 1. 111 : « ...Attendu que c'est seulement en matière de délit ou de quasi-délit que toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage provenant de son fait : que les art. 1382 et suivants C. Civil sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat... » et dans le même sens, 11 janvier 1922, D. 22, 1. 16. — Req. 21 janvier 1890, D. 1891, 1. 380.

(85) Pour le principe du non cumul : *Cf.* Toulouse, 23 octobre 1934, D. 1935, 2. 49 : Ceunink et Balien c/Dlle Molinié et A. S. Tarn-et-Garonne. — Rennes, 27 nov. 1931 : Z... c/Daguzé et Y... ; Recueil Rennes, 1933, 189.

(86) D. 1936, 1. 88.

(87) Théophile Hue : *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, t. VIII, Paris, 1895, 419.

... (88) *Cours de doctorat*, 1933-1934.

dans le cadre de laquelle rentrerait, bien entendu, la responsabilité médicale. Il ne peut en réalité s'agir que d'une branche spéciale de la responsabilité contractuelle, puisque c'est précisément le contrat qui est à la base de l'exercice de la profession. Et c'est pourquoi des décisions de justice de plus en plus nombreuses mettent expressément en lumière le caractère contractuel de la responsabilité médicale (89).

En matière de responsabilité délictuelle, ce qu'il faut prouver, c'est le préjudice et le fait de l'homme ou de la chose, générateur du préjudice. En matière de responsabilité contractuelle, le principe est différent. Il faut d'abord prouver l'existence du contrat, ce qui, en général, est facile, mais non point suffisant comme certains ont paru le croire. Du fait que la victime d'un préjudice a établi qu'elle était engagée dans les liens d'un contrat, à la suite de quoi le préjudice a été subi, elle n'a pas apporté la preuve complète qu'on attend d'elle. Il lui faut encore prouver comment le débiteur a manqué à son obligation (90). C'est simple et évident, dans les obligations, de donner, où l'on voit bien si la prestation a été ou non accomplie, et dans les obligations de ne pas faire, où l'on discerne aisément s'il a été ou non passé outre à l'interdiction. Ce l'est beaucoup moins dans les obligations de faire, où la prestation, pour être considérée comme exécutée, doit avoir été bien faite, et c'est tout le problème de ce que l'on appelle la faute (cf *infra* n°s 45 à 55).

Ce terme, en réalité, devrait, pour plus de clarté, être réservé au domaine des délits et quasi-délits, pour ne parler ici que d'inexécution des obligations. Ainsi l'on éviterait la confusion qui fait que certains prétendent qu'il ne saurait y avoir, en matière médicale, de responsabilité contractuelle. Ils notent, en effet, que, tandis qu'il est couramment admis, dans cette matière, que la victime du préjudice doit apporter la preuve d'une faute, au contraire, en matière contractuelle, le créancier est dispensé de la preuve d'une faute quelconque et n'a à établir que l'existence d'un contrat et son inexécution. La confusion disparaît et

(89) Trib. Civ. Seine, 13 janv. 1934. G. Trib., 1934, 1. 2. 130 : Breissan c/Dr Lemierre et autres. — Aix, 16 juillet 1931 : Dr Nicolas c/époux Mercier, D. 32. 2. 5, n. Nast, confirmé par Cass. Civ., 20 mai 1936, D. 1936, 1. 88. — Trib. Civ. Le Mans, 9 déc. 1930 ; La loi 3 février 1931 : dame Rousseau c/Bareillier ; et les décisions citées au numéro 38 *in fine*.

(90) Cf. conclusions du procureur général Matter. V. D. 1936. 1. 88.

un argument est retiré aux tenants de la responsabilité délictuelle, si l'on souligne que c'est précisément l'inexécution du contrat qu'on appelle communément faute et que la preuve de cette inexécution n'est pas du tout automatique lorsque l'obligation est une obligation qualitative, « une obligation de moyens » et non « une obligation de résultat ».

Le contrat peut parfaitement, et c'est le cas en matière médicale, avoir uniquement pour objet le « moyen » et non pas le « résultat », contrairement à ce que peut-être on croyait jadis en pensant que les obligations contractuelles n'étaient que des obligations de résultat, et en regardant comme l'auteur d'une faute délictuelle toute personne à qui l'on pouvait simplement reprocher de ne pas avoir fait preuve dans ses rapports avec une autre de toute la prudence ou de toute la diligence désirables (91). C'est pourquoi le client, qui se plaint de la non-réussite d'une opération, ne peut gagner son procès en se contentant d'établir le préjudice. La charge de prouver l'inexécution des obligations du chirurgien lui incombe aussi. Il faut alors, en matière médicale, prouver que les soins et les conseils n'ont pas été prudents et avisés. Ce n'est donc pas au chirurgien à prouver qu'il n'a commis aucune faute (92).

Sans doute la seule obligation qu'assume l'homme de l'art, est-elle au fond de ne pas commettre de faute ou plutôt d'erreur médicale anormale, ce qui explique qu'une confusion se soit aussi longtemps instaurée. Le médecin s'oblige à donner des soins normaux, non pas à guérir. Et dans une affaire assez spéciale, qu'il sera cependant permis de comparer avec la question qui nous occupe, la Cour de Cassation a très nettement posé les termes du problème... « Attendu qu'en matière contractuelle, le débiteur n'est présumé responsable de sa faute que si l'obligation, à l'exécution de laquelle il s'était engagé envers le créancier, n'a pas été remplie; — Attendu que, sauf convention contraire, le propriétaire d'un étalon, qui se charge de faire saillir par cet animal la jument d'un tiers, s'il s'oblige à assumer une saillie correcte et normale, n'assume pas l'obligation de rendre dans tous

(91) C. Falque : *La responsabilité du médecin après l'arrêt de Cass... de 1936*. « Revue Critique », 1937. 620.

(92) Un jugement du Trib. Civ. Seine, 30 mai 1938 : dame Baudouin c/docteurs L... et D... et autres. S.-note G. P., 5 oct. 1938, pose le principe contraire qui nous paraît inadmissible.

les cas, après l'opération, la jument saine et sauve à son propriétaire; qu'une telle opération comportant, en effet, certains risques et ces risques pouvant tenir à l'état de la jument et à ses dispositions anatomiques, la responsabilité du propriétaire de l'étalon n'est, en principe engagée, qu'au cas où il peut être rapporté contre lui l'existence d'une faute... » (93).

Transposons, et la silhouette de la notion de responsabilité chirurgicale apparaît dans toute sa rigueur : il n'y a faute que si l'obligation de fournir une prestation correcte et normale n'est pas réalisée. L'opération comporte en effet certains risques, qui peuvent tenir à l'état du patient.

Si la preuve, que le créancier doit alors apporter, ressemble étrangement à celle que nécessite l'application de l'article 1382, elle n'en reste donc pas moins de l'ordre contractuel (94).

41. *Différences pratiques entre les responsabilités délictuelle et contractuelle.* — Si la confusion a pû cependant se faire entre les deux modes de responsabilité, c'est qu'en pratique les différences sont de second plan (95). Les procès médicaux, dont le canevas est simple, pourraient presque aussi bien se plaider de la même façon, qu'ils se déroulent sous le signe de la responsabilité délictuelle ou de la contractuelle.

Pourtant, en dehors même de l'intérêt scientifique que nous avons souligné plus haut, la distinction théorique, clarifiant la situation, entraîne quelques conséquences pratiques qu'il importe de souligner.

Il en est une que, pendant de longues années, on avait crû très importante et au sujet de laquelle de longs débats s'étaient instaurés : la faute ne devait-elle pas être diversement sanctionnée, du fait que l'on était placé dans le cadre des contrats ou dans celui des quasi-délits ?

Et les auteurs classiques (96) d'affirmer qu'en matière de contrats, seule la faute légère faisait encourir une responsabilité,

(93) Cass. Civ., 23 juin 1936, Dh. 1936. 444 : Salzmann c/Erno.

(94) Paul J. Durand : *Des conventions d'irresponsabilité* ; thèse droit, Paris 1931. 55.

(95) Geneviève Duflo : *La Responsabilité Civile des Médecins à la lumière de la jurisprudence récente* ; thèse droit, Paris, 1937, p. 24.

(96) F. Laurent : *Principes de Droit Civil Français*, t. 20, Paris-Bruxelles, 1876. 516.

tandis qu'en matière de quasi délits, la faute la plus légère donnait ouverture à des dommages-intérêts.

Cette distinction, à travers Pothier, venait du droit Romain, où la loi Aquilia punissait la *culpa levissima*, alors que dans le droit contractuel, le débiteur était seulement tenu de la *culpa levis in concreto*. Les Glossateurs et les anciens auteurs avaient même distingué, en matière contractuelle, entre la *culpa lata*, dont répond seulement le débiteur si le contrat est fait en faveur du créancier, et la *culpa levis*, dont il répond s'il est intéressé au contrat en même temps que le créancier, et, s'ils avaient parfois admis qu'il pût être tenu de la *culpa levissima*, ce n'était que lorsque le contrat était fait dans son intérêt exclusif.

Et pour chercher à cette distinction un mobile logique, on avait imaginé de dire que si la victime du préjudice était traitée moins favorablement en matière contractuelle, c'est que, là, elle avait commis l'imprudence de traiter avec l'autre partie, tandis qu'en matière quasi délictuelle, sa mise en rapport n'avait pas dépendu de sa volonté. C'est ce que les anciens auteurs exprimaient par le brocard : « *Cur talem egeris* ».

La valeur de cette explication *a posteriori* est évidemment discutable, en ce qui concerne le droit commun des contrats, et notamment pour ce qu'il est convenu d'appeler les relations d'affaires, où l'on ne choisit pas en général un co-contractant pour ses aptitudes individuelles. Mais elle ne manque pas de pertinence pour les contrats dont l'obligation de l'une des parties consiste dans une prestation purement personnelle et qui sont donc des contrats de confiance. Parmi eux, il faut au premier rang placer celui qui nous occupe. Le client qui choisit un chirurgien peu renommé, sans titres et sans éclat, ne peut pas exiger de lui les qualités exceptionnelles qui sont l'apanage des grands maîtres de la chirurgie. Si on relève à la charge de ces chirurgiens de seconde zone, non pas une erreur médicale caractérisée, mais un manque de dextérité ou d'érudition scientifique, la jurisprudence (97) leur en tiendra moins grief qu'elle ne le ferait s'ils avaient été de ceux, dont en raison de leur situation... et des honoraires réclamés, on est en droit d'attendre les soins les plus éclairés.

(97) Lyon, 17 nov. 1904 : D<sup>r</sup> W... S. 1907. 2. 233, n. Perreau. — Trib. Civ. Lyon, 10 nov. 1923 : Glutz c/D<sup>r</sup> Hochmann. G. Trib., 30 déc. 1923.

On a donc vu apparaître dans la phraséologie employée par les auteurs ou les décisions de justice, les expressions, faute lourde ou faute légère. Deux arrêts (98) allèrent même jusqu'à soutenir que le médecin ne pouvait être tenu que d'une faute lourde, mais ils confondaient faute lourde avec faute certaine, et faute légère avec faute insuffisamment établie (99). La Cour de Cassation, au contraire, estima que la distinction entre faute lourde et faute légère était surabondante (100).

La seule chose qu'on n'ait pas faite, et pour cause, c'est d'analyser les espèces de fautes que peuvent commettre les médecins et de les répartir dans les diverses catégories : lourdes, légères, très légères.

Cette différenciation, impossible en fait, est, de plus, contraire aux principes modernes qui régissent la responsabilité. Ceux-ci veulent simplement, et sans distinction, que lorsque l'on a contrevenu, soit aux obligations légales, soit à celles que l'on s'est volontairement imposées, on soit tenu de réparer le préjudice qui en résulte. Et l'on n'a jamais vu la Cour de Cassation dispenser de réparation l'auteur d'une faute sous le prétexte que celle-ci n'aurait pas été suffisamment grave (101).

En réalité, et cela est surtout évident en matière contractuelle, les fautes ne sont pas susceptibles de degré. Les magistrats n'ont pas à les peser, à juger que telle dépasse, ou que telle autre n'atteint pas, un étiage de gravité au-dessus duquel commence à s'appliquer la sanction. Ce n'est pas vers la faute que l'on se tourne pour apprécier le droit de la victime à réparation, mais vers l'obligation assumée par l'auteur, ce qui est infiniment plus simple et plus logique. On peut dire que l'homme est un animal juridique, enserré dans un réseau d'obligations. Les obligations ne naissent pas des fautes, mais au contraire les fautes naissent de la méconnaissance des obligations. Celles-ci sont, ou ne sont pas, méconnues. Le sont-elles, qu'il y a faute. Ne le sont-elles pas, qu'aucune faute ne peut être relevée à l'en-

(98) Metz, 21 mai 1867 : Dr Richert c/Lowenbruck. D. 1867. 2. 110.  
— Paris, 16 janv. 1913 : Dufail c/Dr Ripault. D. 1913. 2. 237.

(99) Cf. Falque : *La Responsabilité du Médecin après l'arrêt de Cassation...* de 1936. Revue Critique, 1937, 611.

(100) Cass., 21 juillet 1919 : Dufail c/Dr Ripault. D. 1920. 1. 30 ; n. Denisse.

(101) H. et L. Mazeaud : *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1934 ; T. 1. 504.

contre du débiteur. L'obligation est ainsi le prisme par où doit être appréciée juridiquement l'activité humaine. « Un débiteur ne peut pas être plus ou moins fautif, il peut seulement être plus ou moins obligé » (102). Dans la limite où l'obligation existe, la contravention, qu'elle soit légère ou impressionnante, constitue une faute, parce qu'à elle seule elle a suffi à anéantir le bénéfice que l'autre partie pouvait espérer de l'obligation contractée envers elle.

Il a très justement été dit (103) qu'on a confondu l'étendue de l'obligation avec la gravité de la faute. Tout le problème qui se pose aux tribunaux est, en effet, de déterminer, non pas si la faute est légère et lourde, ce qui n'a aucun sens en l'absence d'une échelle idéale des fautes, mais plus simplement, si une obligation a, ou non, été violée.

Et si l'on a pu croire qu'aucune sanction ne s'attachait à certains actes ou à certaines omissions qui paraissaient bien constituer des fautes légères, c'est que ces actes ou ces omissions, bien qu'ils puissent peut-être révéler quelque infériorité de leur auteur, n'étaient pas, en réalité, des fautes, n'étant pas une contravention aux obligations assumées. Un médecin, par exemple, ne prend pas l'engagement d'égaliser le type idéal de son art. Il peut lui arriver des mécomptes, normaux pour la moyenne de ses confrères, pour les opérateurs même minutieux, et qui, partant, étant excusables, ne le mettent pas en contravention avec les obligations assumées, ne le constituent pas en faute.

Cette façon différente de laquelle on a, de nos jours, été amené à considérer les questions de responsabilité, en s'attachant moins à la notion ondoyante de la faute, dont le moins qu'on en puisse dire est qu'elle manque de rigueur scientifique, qu'à celle infiniment plus précise et logique de l'obligation, nous conduit insensiblement, mais irrésistiblement, vers les théories des novateurs. Il leur importe peu que la conscience de l'auteur responsable d'un préjudice puisse ou non lui adresser des reproches pour s'être rendu coupable d'une faute. Les frontières de la faute telle qu'on a eu classiquement l'habitude de la considérer, ne peuvent plus être celles de la responsabilité moderne. Peut-

(102) Gabriel Bru : *La Responsabilité Civile des Médecins* ; thèse droit, Lyon, 1911, p. 25.

(103) Planiol et Ripert : *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. II, Paris, 15<sup>e</sup> éd., 1926. 884.

être y a-t-il lieu simplement d'adopter une autre notion de l'idée de faute. En tous cas on ne peut plus soumettre la notion de responsabilité « au gabarit de la loi Aquilia, monument vénérable, dont la conservation n'offre plus guère qu'un intérêt historique » (104).

Et ce n'est donc pas plus que pour déterminer la charge de la preuve (voir supra n° 40), que pour savoir comment apprécier la faute du médecin qu'il est pratiquement intéressant de distinguer entre les responsabilités contractuelle et délictuelle.

Les seules conséquences pratiques de la distinction paraissent être assez réduites.

La charge de la preuve est tout de même un peu moins lourde pour le demandeur puisqu'il devra lui suffire d'établir le préjudice et l'inexécution de l'obligation du médecin (à condition d'avoir établi le contenu de cette obligation si le malade réclame des dommages-intérêts pour la mauvaise exécution de cette obligation) (105). Si le médecin prétend qu'il n'y a pas de lien de cause à effet entre sa faute et le préjudice, il apparaît bien que selon les règles de la responsabilité contractuelle ce soit à lui de prouver l'absence de causalité (106). Une telle disposition favorable au client n'a rien d'injuste, car elle frappera, ne l'oublions pas, un médecin dont il aura été constaté qu'il a méconnu ses obligations. C'est pourquoi nous avons déjà critiqué (cf supra n° 14) deux arrêts (107) qui avaient donné gain de cause aux médecins parce que le lien de cause à effet n'était pas établi. La Cour de Pau est d'ailleurs, très justement, revenue sur sa précédente jurisprudence et a décidé (108) que le lien de cause à effet entre la négligence du médecin et le préjudice subi par la victime était au moins établi par présomption à l'encontre du médecin. Par conséquent, ce serait à celui-ci à renverser cette présomption.

(104) L. Jossierand : *Force Majeure et Cas fortuit*. Dh. 1934, « Chronique », p. 28.

(105) Trib. Civ. Seine, 1<sup>er</sup> juin 1937 : époux Bonnell c/Dr Versepuech ; G. Trib., 25 janv. 1938. — C. Falque : *La Responsabilité du Médecin après l'arrêt de Cass...* de 1936. « Revue Critique », 1937. 621.

(106) Montpellier, 29 mai 1934 : Dr L... c/Solier, Dh. 1934. 453.

(107) Amiens, 16 nov. 1857 : Dr Roboüam c/Lemaire ; G. Trib., 5 déc. 1857. — Pau 1<sup>er</sup> mai 1900 : veuve Montastier c/Dr A... ; D. 1902. 2. 33; note signée A. L.

(108) Pau, 30 juin 1913 : Dr Ribeton et Cie Chemin de Fer du Midi c/dame Duvigneau, S. 1913. 2. 277.

Le point de départ du cours des intérêts est différent (cf supra n° 39).

La prescription de 3 ans qui frappe l'action civile née d'un fait puni de peines correctionnelles ne pourra jamais être opposée à un plaideur qui invoquera devant les tribunaux civils la responsabilité médicale, et la victime d'un préjudice aura toujours 30 ans pour présenter sa réclamation. C'est bien ainsi que se prononce la jurisprudence (109).

De même la faute pénale des articles 319 et 320 du code pénal, comprenant tous les éléments de la faute civile de l'article 1382, et la chose jugée au pénal faisant dans ce domaine autorité devant la juridiction civile (110), si l'on appliquait aux médecins les principes de la responsabilité quasi délictuelle, il serait impossible de poursuivre devant la juridiction civile un médecin acquitté par les tribunaux répressifs. Au contraire, il semble qu'il n'y aurait aucune raison de principe pour déclarer irrecevable une instance civile fondée sur l'inobservation du contrat par le médecin, malgré un acquittement de celui-ci.

Rappelons, encore, que l'observation du droit des contrats coupe court à toute velléité d'opposer aux opérateurs l'application de l'article 1384 (qui, lui peut frapper même un prévenu acquitté), machine automatique à prononcer des condamnations. Avec la tendance actuelle d'extension de cet article, ce n'est pas un mince avantage pour le corps médical, et cela compense largement les deux conséquences désagréables que nous venons de mettre en lumière.

Enfin, rappelons que, ainsi que nous l'avons noté au début de ce n° 41, « la considération de la personne dans les obligations contractuelles a sur la responsabilité contractuelle une influence certaine, et c'est pourquoi la faute contractuelle ne peut pas être définie, comme la faute délictuelle, sans souci des qualités de l'auteur du dommage » (111).

(109) Besançon, 2 mars 1933 : Dr A... c/Dr R..., Dh. 1933. 292, et sur pourvoi Cass. Civ., 18 janv. 1938 ; G. P. 15 fév. 1938. — Aix, 16 juillet 1934, D. 32. 2. 5.; n. Nast : Dr Nicolas c/époux Mercier; confirmé par Cass. Civ., 20 mai 1936, D. 1936. 1. 88. Concl. Proc. Général Matter. note E. P. — Trib. Civ. Lyon, 3 janv. 1936 : dame P... c/Dr X... ; Dh. 1936. 127.

(110) Cass. Civ., 15 janvier 1929 : Derivaz et autres c/Malécot et Serre, et 30 déc. 1929 : Olaguier c/veuve Bourban et Malécot. D. 1930. 1. 41. ; n. Savatier

(111) C. Falque : *La responsabilité du Médecin après l'arrêt de Cassation...* de 1936. « Revue Critique », 1937, 626, n. 1.

42. *Similitudes pratiques entre les responsabilités contractuelle et délictuelle.* — Ainsi, après avoir constaté la présence d'un contrat à la source de l'activité médicale, nous en avons conclu que la responsabilité qui en découlait ne pouvait être que la responsabilité contractuelle.

Cependant, nous appliquant à rechercher les caractères juridiques de l'opération chirurgicale, à la lumière des faits, c'est-à-dire au fond, comme les a établis la jurisprudence, nous ne pouvons nous dissimuler que les tribunaux ont visé surtout, dans leurs décisions en matière de responsabilité, l'article 1382. Cela nous paraît s'expliquer, nous l'avons dit, parce que les plaideurs ne proposent pas aux magistrats un problème théorique à trancher, et qu'en général, les seules questions qui se posent étant celle du principe de la responsabilité et celle du quantum des dommages-intérêts, elles sont dans notre cas, résolues de la même façon, qu'on s'en réfère à l'article 1382 ou aux règles contractuelles.

Cela s'explique encore par la similitude de ce que l'on a appelé la faute contractuelle avec la faute délictuelle. Toutes les fautes contractuelles peuvent au fond être analysées de la même façon que la faute de l'art. 1382, puisque toutes proviennent du fait de l'homme (qui exécute mal ou n'exécute pas son obligation) et causent un préjudice à l'autre partie.

La Cour de Cassation (112) a elle-même donné cette explication, en indiquant qu'il importait peu, pour qu'une demande en dommages-intérêts fût recevable, qu'elle fût fondée sur les articles 1382 et suivants, bien qu'en réalité la responsabilité invoquée fût de nature contractuelle. On méconnaîtrait, à notre avis, le sens de cet arrêt, en soutenant qu'il consacre la théorie du cumul des responsabilités.

Cette solution n'a eu pour but que de lutter contre un formalisme excessif. Elle souligne qu'en l'espèce, les conditions de la responsabilité quasi délictuelle se retrouvaient dans le contenu de la responsabilité contractuelle. Il était donc inutile de forcer le plaideur, qui avait visé l'art. 1382, à recommencer son instance, alors que sa demande impliquait nécessairement une violation de la responsabilité contractuelle. Mais l'arrêt qui statue ainsi sur une question d'opportunité ne retient que la responsabilité contractuelle comme fondement de la condamnation.

(112) Cass. Civ., 14 mars 1938. : Castro c/Menez ; G. P., 20 mai 1938 ; déjà analysé supra n° 38.

Ce n'est donc pas tant une question de fonds, qui nous fait préférer la responsabilité contractuelle à la délictuelle, qu'une question de méthode. Les classifications poussées ont cet avantage que les problèmes gagnent alors en clarté. Et si, comme ils semblent maintenant avoir tendance à le faire, les tribunaux posent en principe que la responsabilité du médecin découle d'un contrat et non pas de l'article 1382, ils n'auront pas en réalité changé la jurisprudence, mais simplement adopté une meilleure méthode de travail judiciaire.

#### SECTION IV

##### NÉCESSITÉ D'UN PRÉJUDICE POUR ENGAGER LA RESPONSABILITÉ

43. Pas d'intérêt, pas d'action, énonce une règle fondamentale du droit français. C'est ce qui fait que pour aboutir, un demandeur doit prouver, non seulement que la responsabilité de l'homme de l'art est engagée, mais encore que son activité a été la source d'un préjudice. Peu importe que le chirurgien ait commis des fautes, s'il n'en est résulté aucun dommage pour le patient. Règle précieuse surtout dans la matière qui nous occupe et où l'on assiste trop souvent à des instances engagées par des clients cherchant en réalité à ne pas payer les honoraires dûs et à intimider le médecin par la menace d'un procès de nature à ternir sa réputation.

La jurisprudence s'est donc toujours attachée à dégager nettement le préjudice subi et lorsqu'il ne lui apparaît pas avec assez de netteté, elle déboute le demandeur de sa prétention. C'est ainsi que la Cour de Cassation a refusé de condamner un chirurgien des hopitaux qui avait commis la faute de laisser opérer dans son service une personne non qualifiée. A la suite des soins de celle-ci, le malade avait été atteint d'une légère difformité, susceptible d'ailleurs de disparition ultérieure, sur une partie du corps que l'on n'expose pas à la vue, et qui de ce fait n'entraînait aucun préjudice (113). La Chambre des Requêtes a encore

(113) Cass. Req., 2 août 1904, D. 1908. 1. 574. S. 1909. 2. 49. ; n. Perreau, confirmant un arrêt de Bordeaux, 6 fév. 1900, D. 1900. 2. 470. Clavelle c/Hospices de Bordeaux, Dr Piéchaud et Jacob.

débouté une personne qui se plaignait qu'un dentiste l'eût anesthésiée à l'aide d'un liquide employé par erreur à la place d'un autre moins caustique (114). Aucun accident appréciable n'avait résulté de cette substitution qui, sinon, eût évidemment engagé la responsabilité de l'opérateur.

Mais dès que la faute est établie dans son principe et que le préjudice existe, les règles de la responsabilité civile imposent une réparation intégrale. C'est pourquoi il nous paraît impossible d'admettre avec un arrêt de Cour d'Appel (115) que l'étendue de la responsabilité d'un médecin puisse, comme elle pourrait l'être aux yeux de la justice pénale, être atténuée pour telle ou telle circonstance inhérente à sa conception de l'exercice de sa profession (désintéressement, esprit scientifique ou plutôt esprit d'expérimentation dont nous verrons, d'ailleurs, cf infra n° 56, qu'il constitue, au contraire, un élément de faute). La victime du préjudice ne peut se voir incomplètement dédommée pour des raisons avec lesquelles elle n'a rien à avoir.

D'autre part, la réparation réclamée doit être en rapport avec le préjudice. On ne saurait demander aux tribunaux de prononcer contre un médecin une condamnation qui n'aurait pas pour effet d'atténuer le dommage causé et qui pourrait apparaître comme éminemment vexatoire. Des plaideurs acharnés contre des médecins qu'ils considéraient comme étant responsables, par impéritie, de la mort de leur enfant, avaient demandé l'insertion dans les journaux du jugement de condamnation qu'ils sollicitaient. Le Tribunal de la Seine (116) s'y est justement refusé, faisant ressortir que cette mesure n'était en rien de nature à réparer un préjudice constitué par des souffrances physiques ou par un décès, et que la publicité de la condamnation, dépouillée de ce caractère de réparation, n'apparaîtrait que comme « une véritable peine privée que ne comporte pas la responsabilité civile, laquelle a pour mesure comme pour fondement le dommage et non le ressentiment de celui qui le subit ».

(114) Cass. Req., 15 nov. 1904 : Mlle Flouet c/D<sup>r</sup> Jacque. Pand. Franç., 1905. 1. 334.

(115) Aix, 22 oct. 1906 : D<sup>r</sup> Chini c/Cocconi ; D. 1907. 2. 41, n. Mé-rignhac et S. 1909. 2. 321, n. E. H. Perreau.

(116) Trib. Civ. Seine, 13 janvier 1934. G. Trib. 1934. 1. 2. 130 : Breissan c/docteurs Chevrel, Brelet et Lemièrre.

Ce même jugement souligne aussi que, conformément au droit commun, si un patient peut réclamer à un médecin fautif la réparation des souffrances physiques qu'il a endurées par son fait, les héritiers d'une personne décédée ne sont recevables à demander la réparation que du préjudice subi par eux du fait du décès de leur auteur, l'action en réparation du préjudice consistant dans les souffrances physiques étant strictement attachée à la personne.

Quant à la façon de chiffrer le préjudice, les tribunaux et Cours d'Appel sont évidemment souverains dans leur droit de l'apprécier.

## SECTION V

### FAUTES DU MÉDECIN

#### § I. — FAUTE EXTRA-PROFESSIONNELLE

44. Dans quels cas maintenant va-t-on pouvoir relever, à la charge de l'homme de l'art, une méconnaissance de ses obligations ? Il faut ici relever les cas d'espèce et voir dans quelles circonstances les tribunaux ont admis que les médecins pouvaient se trouver en faute.

Dans une telle énumération, il est tout de suite une distinction communément faite. Le médecin peut commettre des fautes à l'occasion de l'exercice même de son art en péchant contre les règles médicales qui s'imposent à lui sans discussion. Mais il faut envisager tout d'abord les fautes qui ne sont pas spécialement des fautes techniques et qui résultent d'une négligence de l'opérateur, pris, non pas en tant que médecin, mais, plus simplement, en tant qu'homme.

Il s'agit, en l'occurrence de fautes, qui sautent aux yeux des profanes. Il n'est même pas besoin d'être médecin pour savoir comment de telles erreurs devaient être évitées, car elles résultent, non pas seulement d'une méconnaissance des règles de l'art, mais d'une inobservation des principes élémentaires de prudence ou de moralité qui s'imposent au commun des hommes.

Des fautes d'une telle gravité sont heureusement extrêmement rares et il est très peu de décisions de justice françaises à en relever de pareilles.

Rappelons, tout d'abord, qu'on peut faire rentrer dans cette classification l'abandon injustifié du malade en cours de traitement que nous avons étudié, pour plus de commodité, dans la partie de cet ouvrage qui traite du consentement du médecin (cf supra n° 14).

Un décision (117), heureusement isolée, a relevé contre un dentiste, la faute scandaleuse d'avoir pratiqué des opérations parfaitement inutiles sur des dents saines, dans le seul but de lucre.

Si des interventions inutiles ne doivent pas être entreprises, il est également une règle de droit commun qu'on ne doit pas accepter de fournir une prestation qu'on n'est pas capable de mener à bien. C'est ainsi que, si un médecin se trouve en présence de cas qui mettent sa science en défaut, il a l'obligation de faire appeler en consultation un confrère plus qualifié (118). Cette règle doit cependant subir éventuellement le correctif de l'urgence, laquelle constitue en matière médicale une véritable excuse légale, un cas de force majeure (119), et qui peut rendre impossible l'appel d'un consultant et imposer immédiatement au médecin traitant de tenter tout pour sauver le malade.

L'intervention enfin ne doit pas être décidée sans que, dans la mesure du possible, le patient n'ait été mis à même d'apprécier les risques qu'il encourt (120). Nous avons vu à propos du consentement du malade lucide (cf supra n° 7), comment il fallait apprécier cette mesure du possible, et à propos des problèmes posés par la chirurgie esthétique (cf infra n° 58), nous toucherons aux cas extrêmes où l'application absolue de la règle semble devoir être impérieusement exigée.

Une fois les soins en cours, des précautions élémentaires s'imposent, notamment en matière d'antisepsie. Il n'est pas besoin d'être médecin pour savoir qu'on risque de contaminer une plaie en la touchant avec des mains sales, surtout si elles ont été au préalable en contact avec une source d'infection ou si elles por-

(117) Trib. Civ. Argentan, 2 mars 1904 : Garcin c/dame Vialard ; la Loi 14 juillet 1904.

(118) Trib. Fédér. Suisse, 9 déc. 1892 : Dr Meister c/B... S. 1893. 4. 16. — Note de M. E. H. Perreau au S. 1907. 2. 233.

(119) Cass. Crim., 2 mai 1878 : Casimir. G. Trib., 20 mai 1878.

(120) Trib. Civ. Seine, 22 déc. 1932 : dame Crawford c/Dr Heitz Boyer. G. Pal., 23 oct. 1933 ; sous-note C.

tent une plaie infectée. Si un tel acte était établi à la charge du médecin, il entraînerait *ipso facto* sa condamnation (121).

Enfin, à l'occasion des soins qu'il donne, un médecin peut contracter certaines obligations. Chacun sait aussi, par exemple, qu'on ne doit pas donner de témoignage à la légère. La délivrance de ce témoignage particulier qu'est un certificat médical doit donc être entourée de la prudence et de la sincérité qui s'imposent à tous dans cet ordre d'idées (122).

Et nous avons vu (cf supra n° 15) qu'inversement, le médecin commet « une faute professionnelle » en laissant sciemment ignorer à une nourrice les dangers auxquels l'expose l'allaitement d'un enfant syphilitique (123).

Il est à noter que dans ces deux derniers cas nous sommes en présence d'une responsabilité délictuelle, puisque c'est envers des tiers que le médecin a commis une faute, quoiqu'on puisse cependant, pour la nourrice, alléguer que sa santé se confond avec celle de l'enfant, pour tout ce qui se rapporte à l'allaitement et que le médecin ne peut prendre l'engagement de soigner l'un sans prendre, par le fait, celui de soigner l'autre (124).

## § 2. — ABSENCE DE FAUTE AU CAS DE POSSIBILITÉ

### DE CONTROVERSE SCIENTIFIQUE SUR L'ACTIVITÉ DU CHIRURGIEN

45. *Pas d'immunité contre les fautes médicales.* — Que le médecin doive répondre de ce que nous avons appelé ses fautes extra professionnelles, tout le monde l'a toujours admis. Mais il y a eu, au siècle dernier, une offensive du corps médical, qui prétendait limiter à ce domaine la responsabilité de l'homme de l'art. La faute commise sciemment, dans l'intention de nuire, et à la rigueur, les fautes commises à l'occasion mais en dehors de l'exercice de l'art de guérir pouvaient certes être relevées contre le médecin, d'après les tenants de cette opinion. Mais ceux-ci affirmaient que la justice ne pouvait aller au delà et que devant elle les médecins devaient être irrespon-

(121) Douai, 21 juillet 1924 : M... c/D<sup>r</sup> V... ; G. Pal., 1924. 2. 545.

(122) Nîmes, 3 juillet 1911 : A... c/D<sup>r</sup> B... D. 1914. 2. 85. ; n. Albert Legris.

(123) Dijon, 14 mai 1868 : Protat c/D<sup>r</sup> B... S. 1869. 2. 12.

(124) Dubrac : *Traité de jurisprudence médicale et pharm.* Ed. Paris, 1893, p. 126.

sables pour les actes relevant de l'exercice de leur profession, car leur diplôme leur conférait une présomption légale, irréfragable, d'infailibilité. Cette opinion avait été soutenue par l'Académie de Médecine, sur le rapport du Docteur Double, dans l'avis, qu'avait en 1830, sollicité d'elle le tribunal de Domfront (125). Elle l'avait été encore par l'avocat du Docteur Thouret-Noroy devant la Cour de Cassation en 1825 dans l'affaire la plus notoire de responsabilité médicale (126), et même par Demolombe (127).

La jurisprudence s'est toujours catégoriquement refusé à admettre une pareille thèse, et celle-ci n'est d'ailleurs plus sérieusement soutenue de nos jours.

Le Tribunal de Domfront, tout d'abord, n'a pas suivi l'avis de l'Académie de Médecine (128) et la Cour de Cassation dans deux anciens arrêts célèbres (129), a posé au contraire la règle

(125) Avis de l'Académie de Médecine, cité par Brouardel : *La Responsabilité Médicale*, Paris 1898, p. 22 : « Nul doute que les médecins ne demeurent légalement responsables des dommages qu'ils causent à autrui par la coupable application des moyens de l'art faite sciemment, avec préméditation, et dans de perfides desseins ou de criminelles intentions ; mais la responsabilité des médecins dans l'exercice consciencieux de leur profession, ne saurait être justiciable de la loi. Les erreurs *involontaires*, les fautes hors de prévoyance, les résultats fâcheux de calcul ne doivent relever que de l'opinion publique. Si l'on veut qu'il en soit autrement c'en est fait de la médecine. C'est un mandat illimité qu'il faut auprès du malade... Nulle action juridique ne peut être légalement intentée, si ce n'est en cas de captation, de dol, de fraude ou de prévarication... ».

(126) Cf. Dubrac : *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1893, pages 110 et suiv.

(127) Demolombe : *Cours de Code Napoléon*, t. 31. *Des contrats*, t. 8, Paris, 1882. 543. Cet auteur semble toutefois dans un paragraphe suivant (546) admettre la possibilité d'exceptions à la « règle générale » qu'il pose dans son paragraphe 543.

(128) Trib. Civ. Domfront, 28 sept. 1830 : Foucault c/D<sup>r</sup> Hélie. Rep. méth. Dalloz V<sup>o</sup> Responsabilité, 129, note 1.

(129) Cass. Req., 18 juin 1835 : D<sup>r</sup> Thouret Noroy c/Guigue. Rep. méth. Dalloz V<sup>o</sup> Responsabilité, 129. — Cass. Req., 21 juillet 1862 : X... c/Boulanger, D. 1862. 1. 419. — Voir aussi Cass. Req., 21 juillet 1919 : Dufail c/D<sup>r</sup> Ripault, D. 1920. 1. 30. — Metz, 21 mai 1867 : D<sup>r</sup> Richert c/Locwenbruck, D. 1867. 2. 110. — Trib. Civ. Seine, 8 mars 1901 : époux Macaire c/D<sup>r</sup> Renault, Pand. Franç., 1902. 2. 204. — Cass. Civ. 29 nov. 1920 : D<sup>r</sup> Delherm c/Calou, D. 1924. 1. 103, décisions dans lesquelles le principe est formellement énoncé.

de la responsabilité des médecins pour les fautes commises dans l'exercice de leur profession, aucune exception aux règles de droit n'étant formulée dans la loi au bénéfice du corps médical.

Les tribunaux ont donc le devoir de contrôler, comme ils doivent le faire pour les autres branches de l'activité humaine, l'exercice de l'art médical. Il n'est pour personne d'immunité complète, et le public doit pouvoir compter sur la protection de la justice contre les fautes de tous ceux avec qui il contracte pour quelle que cause que ce soit.

46. *Circonspection à observer par les tribunaux dans l'appréciation des fautes médicales.* — Les médecins ne peuvent en aucun cas échapper à la charge de la réparation des fautes que constituent les manquements à leurs obligations. Seulement, en raison du caractère conjectural de la médecine, ces obligations ne renferment pas des prescriptions précises et commandent seulement au praticien de soigner pour tenter de guérir en prenant toutes les précautions imposées par les usages et les règles indiscutés de l'art médical.

Les tribunaux auront pour mission de rechercher si, oui ou non, le médecin a commis une faute dans ces termes, et ils ne pourront prononcer de condamnation que si l'affirmative ne souffre pas de discussion.

Ainsi, en cas de faute, aucune immunité ne protège le médecin. Mais quand donc y a-t-il véritablement faute ? C'est pour le dire que les magistrats devront témoigner d'une particulière prudence.

En même temps que la jurisprudence posait la règle de la responsabilité médicale de droit commun, elle prenait la précaution de souligner pour les magistrats ce devoir de circonspection. Voici les termes parfaits dans lesquels un arrêt de la Cour d'Appel de Besançon (130) précisait, en 1844, la double préoccupation qui devait s'imposer aux tribunaux, et qui méritent d'être reproduits : « ...Attendu... que..., dans la société civile, toutes les professions, même les plus élevées, même celles dont l'exercice est précédé d'épreuves et accompagné de diplômes, sont assujetties par la loi à une responsabilité sévère, et

(130) Besançon, 18 décembre 1844 : docteurs Viney et Chreiber c/Ministère Public, S. 1845. 2. 602.

qu'on ne concevrait pas que l'art du médecin, si honorable et si utile, mais qui tient de si près à la vie des hommes, jouirait seul du privilège inouï d'une irresponsabilité absolue, et que là où la négligence et la maladresse offrent le plus de danger, l'impunité, quelque inexcusables qu'on les suppose, serait par avance et dans tous les cas plus invariablement assurée; — Mais que si le législateur n'eût pu sans péril désarmer la société à ce point, on doit reconnaître aussi que les tribunaux doivent user avec prudence et modération des pouvoirs que la loi pénale leur confère; qu'ils ne sont point juges compétents des théories, des opinions, des systèmes; qu'ils ne peuvent apprécier l'opportunité, l'exactitude plus ou moins parfaite d'une opération chirurgicale, la valeur d'un procédé comparé aux résultats d'un autre procédé, parce qu'ils ne sauraient jamais être convertis en conseils médicaux supérieurs, distribuant le blâme avec la peine, et indiquant la route qu'il faut suivre; que leur action ne peut donc s'exercer dans cette région réservée à la science; mais qu'elle commence là où, pour tout homme de bon sens et indépendamment des théories sujettes à discussion, il y a eu, de la part du médecin, faute lourde, négligence, maladresse visible, impéritie ou ignorance des choses que tout homme de l'art doit savoir, et qu'il a ainsi compromis les jours du malade, ou converti son opération en une véritable blessure; que cette distinction, conforme à la jurisprudence, concilie la liberté nécessaire à l'art et à l'opération avec les justes garanties dues à la société tout entière... »

La voie avait été montrée 10 ans plus tôt par le Procureur Général Dupin, dans les fameuses conclusions développées devant la Cour de Cassation au sujet de l'affaire Thouret-Norroy (131) qui sont devenues classiques et dont il faut aussi reproduire ici certains passages : « ... Pour qu'un homme puisse être déclaré responsable d'un acte de sa profession, il faut qu'il y ait une faute dans son action, c'est-à-dire, il faut qu'il lui ait été possible, avec plus de vigilance sur lui-même ou sur ses actes, de s'en garantir, ou que le fait qui lui est reproché soit tel qu'il soit tout à fait inexcusable de l'avoir commis... »

...« Dans les questions de ce genre, il ne s'agit pas de savoir si tel traitement a été ordonné à propos ou mal à propos, s'il

(131) Dupin : Conclusions citées dans Dubrac : *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1893, pages 110 et suiv.

devait avoir des effets salutaires ou nuisibles, si un autre n'aurait pas été préférable, si une telle opération était ou non indispensable, s'il y a eu imprudence ou non à la tenter, adresse ou maladresse à l'exécuter, si avec tel ou tel instrument, d'après tel ou tel autre procédé, elle n'aurait pas mieux réussi. *Ce sont là des questions scientifiques à débattre entre docteurs*, et qui ne peuvent pas constituer des cas de responsabilité civile et tomber sous l'examen des tribunaux ».

« Mais du moment que les faits reprochés aux médecins sortent de la classe de ceux qui, par leur nature, sont exclusivement réservés aux doutes et aux discussions de la science, du moment qu'ils se compliquent de *négligence, de légèreté, ou d'ignorance de choses qu'on doit nécessairement savoir*, la responsabilité de droit commun est encourue, et la compétence de la justice est ouverte ».

« Qu'un médecin ordonnance une potion, qu'il proportionne les éléments dont il la compose d'une manière plus ou moins salubre, plus ou moins en harmonie avec le mal et avec le tempérament du malade, jusque là il ne peut y avoir qu'un fait soumis aux discussions scientifiques des docteurs; mais qu'il prescrive une dose telle qu'elle a dû être infailliblement un poison, par exemple une once d'émétique au lieu de 2 ou 3 grains, toute la responsabilité de ce fait retombe sur lui, sans qu'il soit nécessaire, à l'égard de la responsabilité purement civile de rechercher s'il y a, de sa part, intention coupable; il suffit qu'il y ait eu négligence, légèreté ou méprise grossière, et, par là-même, inexcusable... »

Ces principes n'ont jamais été modifiés par la jurisprudence et l'on peut dire qu'ils en constituent la charte en matière de responsabilité médicale (132). C'est grâce à eux que l'on détermine si oui ou non le praticien a commis une faute. Si le médecin manque aux usages et aux règles indiscutés de l'art médical, il commet une faute. Si, au contraire, il est possible d'élever une controverse, si certains peuvent normalement approuver l'attitude du médecin, si on peut la défendre avec des arguments techniques, il est impossible aux magistrats de s'ingérer dans la

(132) Parmi les décisions qui en font un rappel succinct mais exprès, on peut citer : Trib. Civ. Bourgoïn, 29 janvier 1896 : Reveyrand c/Bonin, D. 1896. 2. 406. — Trib. Civ. Douai, 26 juin 1914 : Dlle E... c/D<sup>r</sup> B... G. Trib., 18 déc. 1915. — Besançon, 16 oct. 1912 : B... c/D<sup>r</sup> G..., D. 1914. 2. 88.

discussion, il leur est impossible de relever une faute à l'encontre du médecin. En résumé, l'on peut dire que *du moment où une discussion technique est possible, il n'y a pas de faute.*

47. *Erreur de diagnostic.* — C'est ainsi qu'en règle générale, les tribunaux n'estiment pas qu'une erreur de diagnostic constitue automatiquement le praticien en faute (133).

Le médecin n'a, en effet, pas l'obligation de reconnaître l'affection dont souffre le malade et qui peut être très difficile à déceler. A tel point qu'on est parfois obligé de n'établir qu'un diagnostic provisoire, susceptible de rectification au cours du traitement lorsque une modification de l'état du malade (134) ou une exploration chirurgicale (135) auront seulement permis alors de se rendre compte de la véritable nature du mal.

A tel point encore que la Cour de Cassation (136) a reconnu avec des experts, que sans commettre de faute technique médicale, un médecin peut manquer de coup d'œil chirurgical, alors surtout que les prévisions les plus raisonnées peuvent être déjouées par certains climats qui peuvent provoquer une allure déconcertante d'une affection à marche foudroyante, sans que l'aspect du membre malade puisse le révéler.

Le médecin n'a donc que l'obligation de fournir ses efforts consciencieux pour émettre un diagnostic tel que le lui permettent des connaissances scientifiques normales : « La science médicale est en effet, plus qu'aucune autre, incertaine et conjecturale dans ses principes, et... on ne saurait rendre ceux qui en font consciencieusement la pratique de leur vie responsables de son incertitude » (137). « On ne peut... trouver les éléments (d'une faute) dans une simple erreur de diagnostic, dont les exemples sont fréquents chez les praticiens les plus conscien-

(133) Trib. Civ. Seine, 31 mars 1936 : dame Lévy c/D<sup>r</sup> de Martel, G. Trib., 6 sept. 1936.

(134) Paris, 6 juin 1923 : veuve Cardon c/dame de Dampierre, D<sup>r</sup> Hirschmann et Cie La Providence, D. 1924. 2. 117.

(135) Paris, 28 juin 1923 : dame N... c/D<sup>r</sup> Lenormiant, D. 1924. 2. 116 ; note signée G. L.

(136) Cass. Civ., 18 octobre 1937 : D<sup>r</sup> C... c/Ballin, G. P. 27 novembre 1937.

(137) Trib. Civ. Rouen, 30 juin 1896 : G... c/D<sup>r</sup> C..., G. P. 1896. 2. suppl., 14. Même sens Trib. Valence, 20 mars 1898, cité par Vibert, *Médecine Légale*, p. 826.

cieux et les plus avertis, qui peut n'être souvent de la part de celui qui l'interprète, en l'absence de toutes preuves matérielles et directes, que le résultat de méthodes médicales divergentes » (138).

On ne saurait donc en droit reprocher comme une faute grave à un médecin de s'être trompé dans un diagnostic (139). Une erreur ne peut donc être retenue que si elle est commise dans des conditions contraires à des données médicales certaines (140), ou que si elle est le résultat d'une maladresse visible, d'une impéritie (141) ou d'une négligence (142). Le médecin possède, comme le disait très justement Ambroise Colin (143), « *le droit à l'erreur* qui doit couvrir le praticien tant qu'il n'en a pas abusé ».

La véritable formule de la responsabilité, en cas d'erreur de diagnostic, a été donnée par la Cour de Toulouse en ces termes (144) : « ... Il s'agit principalement de savoir si une erreur évidente de diagnostic médical... a été *déterminée* par une faute ». L'erreur, prise en elle-même, ne constitue pas une faute. Pour que la responsabilité du médecin puisse être retenue, il faut que soit établie la faute qui a déterminé l'erreur et qui sera, dans ce cas, le plus souvent, l'absence de recours aux procédés de contrôle et d'investigation habituels.

48. *Mesures médicales prises et sujettes à critiques.* — Ce privilège couvre encore l'homme de l'art dans toutes les phases du traitement, où il a, dans une certaine mesure, le droit de se tromper (145).

(138) Trib. Civ. Oran, 20 octobre 1924 : Dr B... c/R..., G. P., 10 décembre 1924.

(139) Trib. Civ. Le Havre, 5 déc. 1889 : Venancie c/Dr de Lignerolles, D. 1891. 2. 281. ; s.-note A.

(140) Montpellier, 7 juin 1934 : R... c/Dr R..., Dh. 1934. 483.

(141) Trib. Civ. Mantes-sur-Seine, 26 janv. 1912 : Pascal c/Dr P..., G. Pal., 1912. 1. 328.

(142) Trib. Civ. Seine, 4 janv. 1938 : Bekenstein c/Dr Batisse et la Foncière ; G. Trib., 24 février 1938.

(143) Ambroise Colin : *La responsabilité professionnelle des chirurgiens et des médecins*. « La Presse Médicale », 25 mars 1911.

(144) Toulouse, 25 mai 1938 : professeur X... c/dame Y..., G. P., 5 octobre 1938.

(145) Nancy, 18 juin 1912 : Guillaume c/Henriet, D. 1913. 2. 236.

Les tribunaux ne peuvent, suivant le chirurgien dans la pratique de son art et s'érigeant en critiques médicaux, apprécier l'opportunité des mesures thérapeutiques employées. Ils ne le pourraient évidemment que, si, en l'état de la science médicale, il était patent que le praticien eût commis un acte d'ignorance, de négligence ou de légèreté (146).

La jurisprudence s'est donc refusé à se prononcer sur l'opportunité de l'opération à laquelle il a été procédé, sur la méthode préférable à employer, sur le meilleur traitement à suivre ou sur l'emploi de tel ou tel instrument (147).

Encore moins, évidemment, pourra-t-elle reprocher à un chirurgien de s'être refusé à pratiquer une opération s'il en jugeait les résultats trop hasardeux (148).

Elle n'a pas de conseils de thérapeutique à donner, comme par exemple de dire que dans telle affection la radiothérapie doit être employée (149). Et elle s'est refusé, lorsque cependant des accidents mortels lui étaient déférés, à condamner l'emploi des anesthésiques (150), ou même à choisir entre tel ou tel mode d'anesthésie (151), estimant qu'on ne pouvait, parce qu'un événement malheureux mais fortuit venait à se produire, priver les malades d'un secours parfois indispensable (152). Comme l'a dit Velpeau à la Cour de Paris en 1853 (153), condamner un chirurgien ayant usé du chloroforme aurait eu pour résultat que personne n'eût plus jamais consenti à l'employer. Les magistrats, devant qui venait l'affaire, étaient placés devant l'alternative « de maintenir l'abolition de la douleur ou de la réinventer ».

(146) Trib. Civ. Seine, 30 juin 1932 : Mangeot c/D<sup>r</sup> Ferrand ; G. Trib., 1932. 2. 2. 132.

(147) Trib. Civ. Seine, 22 janv. 1889 : Gérard c/D<sup>r</sup> Poncet.; G. Pal, 1889. 1. 336.

(148) Trib. Civ. Le Havre, 5 déc. 1889 : Venancie c/D<sup>r</sup> de Lignerolle, D. 1891. 2. 281, s.-note A.

(149) Trib. Civ. Seine, 5 janv. 1901 : dame Devevey c/D<sup>r</sup> de Bourgade de la Dardie ; G. Trib., 1901. 1. 2. 445.

(150) Amiens, 14 fév. 1906 : D<sup>r</sup> Bours c/Prévost, D. 1907. 2. 44., n. Mérignhac ; S. 1909. 2. 225, n. Perreau.

(151) Douai, 16 mai 1936 : D<sup>r</sup> B... c/veuve L... et M. P., Dh. 1936. 435.

(152) Trib. Civ. Montpellier, 15 déc. 1909 : Leens c/D<sup>r</sup> Forgue ; G. P. 1910. 1. 187.

(153) Cité par Brouardel : *L'exercice de la Médecine et le Charlatanisme*, Paris, 1899, p. 382.

Les juges ne doivent pas se laisser enfermer dans une telle situation les faisant apparaître comme une sorte de concile scientifique.

49. *Accidents opératoires ou post-opératoires.* — Toute opération chirurgicale fait encourir un risque au patient. Il faut évidemment que ce risque soit moins certain que celui qui découlerait de l'abstention. Mais, cette réserve faite, au cas de réalisation du risque créé par l'opération et en l'absence de toute maladresse de la part du chirurgien, la responsabilité de celui-ci ne saurait être engagée.

En effet, ces accidents peuvent provenir du fait que l'opération chirurgicale est un acte grave apportant dans l'organisme du malade un choc et un trouble profonds. C'est une véritable mutilation. On espère qu'elle sera salutaire, mais pendant les instants où il y est procédé, elle laisse le patient dans un terrible état d'infériorité. Il s'agit de surmonter cette moindre résistance, mais elle peut toujours gagner l'opérateur de vitesse. Il ne faut donc pas assimiler les opérations chirurgicales toujours aléatoires dans leurs phases dramatiques à des réparations mécaniques, pratiquées sur des objets inanimés, et dont le déroulement, étant réglé par avance, engage automatiquement s'il est défectueux, la responsabilité contractuelle du réparateur.

Les accidents en question peuvent aussi, une fois l'opération exécutée, et réussie quant à son objet immédiat, provenir de réactions personnelles au malade et imprévisibles. « Malgré toute garantie d'asepsie, s'écrit le professeur Forgue (154), toute sûreté de technique, toute attention dans les soins post-opératoires, nous avons encore à compter avec des désastres que nous ne pouvons, ni prévoir, ni prévenir. Tels les accidents primitifs ou secondaires du chloroforme, les complications broncho-pulmonaires post-anesthésiques, les généralisations tuberculeuses ou cancéreuses post-opératoires, l'urémie chez les vieux urinaires, l'asthénie cardiaque chez les femmes à gros fibromes hémorragiques, l'insuffisance hépato-biliaire chez les malades en état de vieille rétention biliaire, la mort rapide après des injections de

(154) Professeur Emile Forgue : *La responsabilité du Chirurgien*. Discours prononcé à la séance d'inauguration du 21<sup>e</sup> Congrès Français de Chirurgie, à Paris, le 5 oct. 1908, Montpellier, 1909, p. 8.

naphtol camphré, l'embolie pulmonaire, qui, sans prodrome, en pleine convalescence, emporte l'opéré en quelques minutes... »

La jurisprudence paraît solidement fixée par deux arrêts de Cassation (155). Elle admet qu'il est des accidents auxquels sont naturellement exposés tous les opérateurs, et se refuse à faire supporter au chirurgien la responsabilité d'un préjudice à l'origine duquel il n'y a aucune faute de sa part. C'est bien le cas de rappeler que la nature est plus forte que le médecin et que celui-ci ne s'engage pas à guérir, mais seulement à s'efforcer de guérir.

50. *Compresse abandonnée dans le champ opératoire.* — Il est toutefois un de ces accidents opératoires qui a provoqué une vive controverse et au sujet duquel la jurisprudence des tribunaux et des Cours d'appel ne s'est pas encore fixée d'une façon définitive.

L'opération s'est déroulée et a atteint le but recherché. Mais une des compresses, destinées à parer aux hémorragies, est demeurée dans la plaie après la fermeture de celle-ci. Des troubles sont occasionnés, qui ne cesseront qu'avec l'expulsion de la compresse. Le chirurgien peut-il être condamné à des dommages-intérêts vis-à-vis de son client ?

S'il s'agit d'un de ces accidents susceptibles d'arriver à tout le monde, la jurisprudence de la Cour de Cassation, que nous avons citée au numéro 49, devrait imposer une solution favorable au chirurgien.

Or, tous les auteurs médicaux et les experts consultés par les tribunaux affirment constamment qu'aucun opérateur n'est à l'abri d'un pareil mécompte et qu'il n'y a pas de procédé technique uniformément imposé par l'usage et les règles de la science pour s'en prémunir. Critiquer alors l'attitude du praticien à qui ce mécompte est survenu, c'est bien s'immiscer dans une discussion technique sur la meilleure méthode à employer au cours d'une opération. C'est absolument contraire aux préceptes fondamentaux de la jurisprudence.

C'est cependant ce que n'ont pas craint de faire plusieurs décisions de justice. Les unes condamnant le chirurgien sous le

(155) Cass. Req., 31 octobre 1933 : veuve S... c/D<sup>r</sup> X..., Dh. 1933. 537.  
— Cass. Req., 1<sup>er</sup> juin 1937 : Zlotnichi c/D<sup>r</sup> Hertz et hôpital Rothschild, S. 1937. 1. 270.

prétexte qu'il a manqué aux précautions d'usage (156) (mais les hommes de l'art affirment qu'il n'est pas d'usage absolu en la matière) ou « qu'il pouvait... comme le font certains de ses collègues... attacher chacune de ces mèches au moyen d'un fil, puis relier ces fils à une pince » (157) (mais cette manière de faire présente des inconvénients en raison du danger résultant tant éventuellement de l'enroulement des fils autour d'une anse intestinale que du retard ainsi occasionné; d'ailleurs, le simple fait de signaler que *certain*s chirurgiens l'emploient prouve bien qu'il ne s'agit pas d'un usage uniformément admis et par conséquent obligatoire, et constitue cette ingérence dans les discussions techniques que doivent formellement s'interdire les tribunaux...)

D'autres décisions (158) dans le même sens, et qui paraissent surtout avoir été dictées par des considérations de fait (opération simple, praticien négligent), posent en principe que l'oubli est une faute puisque la compresse n'était pas destinée à être laissée dans le ventre (sic) et que, par conséquent, si le chirurgien veut se dégager de cette faute, il doit rapporter la preuve d'un cas de force majeure. Si la conséquence est logique, les prémisses sont erronées. Le chirurgien n'aurait à prouver la force majeure que si on lui oppose la preuve d'une faute, d'une contravention aux règles de la médecine. Or, pour faire la preuve de la faute, il ne suffit pas de dire qu'on ne doit pas laisser de compresse dans un ventre refermé. Il faudrait bien plutôt énoncer les règles scientifiques unanimement reconnues qui, respectées, prémuniraient tout opérateur contre la perte d'une compresse. Cette preuve, à la charge du demandeur, étant impossible à fournir, il faut donc poser en principe que l'oubli de la compresse ne constitue pas une faute.

Dans la première affaire de ce genre qui, à notre connaissance, avait été soumise à la justice et qui avait à l'époque produit une vive impression sur l'opinion publique, la Cour de

(156) Amiens, 16 juillet 1931 : Dlle Gaillard et Min. Publ. c/D<sup>r</sup> I... ; G. Pal. 1931. 2. 773.

(157) Trib. Civ. Seine, 17 fév. 1931 : Baudat c/D<sup>r</sup> F... (infirmité en appel), cité par Pommerol : *La Responsabilité Médicale devant les Tribunaux*, Paris, Lille, 1931, p. 190.

(158) Trib. Civ. Etampes, 16 mai 1933, G. Pal, 23 oct. 1933, s.-note D., confirmé par Paris, 29 oct. 1934, Dh. 1934, 609 : dame Le Vaguerès c/consorts M...

Paris (159) avait très sagement donné gain de cause au chirurgien, mais s'était fondée sur ce qu'il n'était pas établi que l'abandon de la compresse fût le fait du praticien poursuivi, sans qu'elle eût utilisé l'argument de principe posant que le fait incriminé ne constituait pas une faute.

Des décisions plus récentes qui ont, elles, admis ce principe, l'une (160) le fait seulement pour les opérations d'une « gravité particulière, devant être pratiquée avec la plus extrême rapidité » en raison de « l'inexistence... d'un procédé vraiment efficace pour se garantir de la perte d'une compresse, le dénombrement de celles mises, à la fin d'une opération où les minutes sont comptées, devant faire encourir au chirurgien une lourde responsabilité, le retard en résultant pouvant coûter la vie à l'opéré ».

Une autre (161) se plaçant également dans l'hypothèse d'une opération grave, où le chirurgien s'étant « rendu compte au moment de recoudre les plaies qu'il ne retrouvait que deux compresses abdominales sur trois..., ayant cherché en vain la troisième dans les limites du temps où il était raisonnable de le faire..., pensa que ladite compresse avait du être jetée en même temps que le kyste et referma le ventre, une prolongation de l'anesthésie après une intervention déjà complexe étant susceptible d'entraîner pour la malade des conséquences dangereuses » estime « que dans ces circonstances, la perte de la compresse, qu'il était impossible de rechercher davantage sans risquer la vie de l'opérée, constitue un accident opératoire, un cas de force majeure ».

Enfin, une troisième décision (162), sans même s'embarasser de cette distinction entre les opérations graves et non graves, (distinction que nous jugeons dangereuse, parce que permettant tous les arbitraires, et à peu près inutile parce que, à part les rares opérations, élémentaires, ne durant que quelques minutes, pour lesquelles peut-être on peut en effet faire exception, toutes celles où l'on insère des compresses à l'intérieur des plaies

(159) Paris, 10 janv. 1912 : Dr Bazy c/dame Rigoutta ; G. Trib., 1912. 1. 2. 54.

(160) Besançon, 11 juillet 1932 : époux M... c/docteurs K... et Y... : G. Pal, 1932. 2. 694.

(161) Trib. Civ. Seine, 8 nov. 1934 : veuve Ménard c/Dr B... ; G. Pal, 4 janv. 1935.

(162) Paris, 16 avril 1934 (infirmant Trib. Civ. Seine, 17 février 1931 précité) : Dr F... c/Baudat, Dh. 1934. 321.

sont graves), se contente de conclure que le chirurgien n'a pas commis de faute en oubliant la compresse. Dans un domaine un peu analogue, la Première Chambre du Tribunal Civil de la Seine a aussi jugé (163) que le fait pour un dentiste d'avoir laissé deux tire nerfs dans deux dents du malade, s'il laisse planer un doute sur l'habileté du dentiste, ne constitue pas une faute engageant la responsabilité du malade.

Une telle manière de voir nous paraît entièrement conforme aux principes qui régissent la responsabilité médicale tant en ce qui concerne la charge de la preuve que le principe de non-immixtion dans les discussions techniques et les accidents opératoires inévitables. Ajoutons que toutes ces instances introduites devant les juridictions civiles, et même pénales (cf Amiens, 16 juillet 1931 précité), présentent un caractère véritablement choquant. Le chirurgien qui a atteint, plus ou moins rapidement, le but proposé, la guérison, est mis sur la sellette, et cela par la personne à qui le plus souvent il a sauvé la vie, peut-être même d'ailleurs grâce à l'application prolongée de la compresse litigieuse, qui aurait alors entraîné des inconvénients moindres que ceux qu'eût causés son enlèvement plus rapide.

51. *Importance de l'avis des experts.* — Les tribunaux, nous l'avons vu plus haut (cf supra n° 32 in fine) n'ont pas l'obligation juridique de suivre l'avis des experts. Toutefois, cet avis doit ici revêtir aux yeux des magistrats une importance capitale lorsqu'il en arrive à admettre que le médecin ait pu, en conscience, adopter la mesure qui est critiquée et qui a, finalement, causé un préjudice au malade.

C'est, en effet, apporter la preuve du mouvement en marchant. Du seul fait que les hommes de l'art admettent que le chirurgien incriminé ait pu agir comme il l'a fait sans se voir opposer une interdiction scientifique absolue, soutenir le contraire serait pour les tribunaux s'immiscer dans une discussion technique. Les tribunaux, dans notre hypothèse, ne devraient donc jamais refuser d'entériner un rapport d'experts favorable au praticien, s'il a indiqué clairement qu'il n'y avait pas, pour interdire ou prévenir les conséquences de l'activité incriminée, de règle scientifique absolue et s'imposant à tous sans discussion.

(163) Trib. Civ. Seine, 19 janv. 1937 : Lomont c/Bernard ; G. Trib., 25 mai 1937.

Si, au contraire, les experts, bien que constatant la réunion de tous les éléments de la responsabilité, se refusent, par un scrupule excessif, à relever une faute à l'encontre de leur confrère, les tribunaux sont alors justifiés à donner aux constatations des experts leur véritable qualification et à refuser d'entériner leur conclusion non conforme au corps même du rapport (164).

### § 3. — IGNORANCE, NÉGLIGENCE, IMPRUDENCE,

#### SEULES VÉRITABLES FAUTES MÉDICALES

52. *Fautes d'intelligence et fautes de vigilance.* — Nous avons vu dans quels cas il sera impossible aux Tribunaux de prononcer une condamnation contre un chirurgien.

Il nous reste maintenant à analyser les raisons qui, au contraire, doivent faire que soit engagée la responsabilité médicale.

En effet, « le médecin, le chirurgien ne sont pas, indéfiniment responsables, mais ils le sont, quelquefois; ils ne le sont pas toujours, mais on ne peut pas dire qu'ils ne le soient jamais ».

« Cependant, où est la limite de cette responsabilité ? Où traçons-nous la ligne de démarcation ? Il est impossible de la fixer d'une manière générale. C'est au juge à la saisir et à la déterminer dans chaque espèce, selon les faits et les circonstances qui peuvent varier à l'infini, en ne perdant jamais de vue le principe fondamental que nous avons posé et qui doit toujours lui servir de guide : qu'il faut, pour qu'un homme soit responsable d'un acte de sa profession, qu'il y ait eu faute dans son action; qu'il lui eût été possible, avec plus de vigilance sur lui-même ou sur ses actes, de s'en garantir, ou que le fait qui lui est reproché soit tel que l'ignorance, sur ce point, ne lui était pas permise dans sa profession ».

C'est ainsi qu'en 1835, le Procureur Général Dupin énonçait (165) les données du problème qui allait se poser devant la jurisprudence. Après un siècle d'activité, il nous est possible de

(164) Rouen, 6 mai 1931 : Dr Fabre c/Cadiou ; Rec. Rouen et Caen, 1931. 122.

(165) Dupin : Conclusions citées dans Dubrac : *Traité de Jurisprudence médicale et pharmaceutique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1893, p. 110 et suiv.

voir maintenant comment les tribunaux ont appliqué dans la pratique judiciaire la leçon de principe qui leur a été enseignée de la sorte, et quelles sont les erreurs qui, pour eux, constituent des fautes.

Une distinction très heureuse nous paraît avoir été trouvée par M. Mouzin-Lizys (166), lorsqu'il conclut que si « le médecin répond de ses fautes de volonté, il ne répond pas de ses fautes d'intelligence ». Fautes d'intelligence, celles que nous avons relevées dans le paragraphe 2 de cette section et à propos desquelles on ne peut reprocher au praticien que de n'avoir pas réussi, alors que, peut-être, avec une autre technique, il eût abouti à des résultats favorables. Nous avons vu que si elles peuvent constituer des erreurs médicales, elles ne sont pas des fautes juridiques, des fautes contractuelles.

Les seules fautes dont puisse alors répondre l'homme de l'art devant les tribunaux judiciaires sont, au contraire, celles que M. Mouzin-Lizys appelle, avec un peu de sévérité sans doute « fautes de volonté », celles que, avec une volonté plus tendue, mieux appliquée, le praticien eût dû et pût éviter. Nous préférons encore à cette expression celle de *faute de vigilance*. Il est en effet des déterminations dont il n'a pas dépendu, qu'elles fussent prises ou non prises, de la volonté du médecin fautif, si celui-ci, ignorant, n'avait même pas le moyen d'en soupçonner la nécessité. Au devoir de *vouloir* qui se limite forcément aux choses que l'on sait, nous paraît supérieur le devoir de *veiller*, qui comprend à la fois celui de veiller sur sa propre culture scientifique et celui de veiller sur le patient et l'évolution du mal. Ainsi nous dirons que la seule faute juridique qui puisse être relevée contre un médecin, c'est la faute de vigilance.

Les termes généraux dont se sert la jurisprudence, lorsqu'elle la relève sont ceux de « faute inexcusable, faute lourde et grossière, faute positive, négligence, légèreté, acte d'ignorance ou de légèreté en l'état actuel de la science médicale, inattention ou maladresse, impéritie évidente, essais hasardés, omission des principes rationnels du traitement à suivre, faits palpables et évidents constituant par eux-mêmes l'oubli des règles générales

(166) Roger Mouzin-Lizys : *Etude Médico légale sur la responsabilité professionnelle des médecins, chirurgiens, accoucheurs* ; thèse méd., Paris, 1899, p. 53.

de bon sens et de prudence qui s'imposent et qui sont hors de discussion » (167).

La plupart de ces mots ont une résonance bien connue. Ce sont eux qui caractérisent les contraventions aux articles 1382 et 1383 du code civil. L'obligation que contracte le médecin est donc à peu près dans ses grandes lignes semblable à celle du droit commun, dont la conséquence est la responsabilité vis-à-vis des tiers du fait de la faute, de la négligence et de l'imprudence. C'est bien ce qui explique que la pratique judiciaire, habituée à faire un emploi courant de ces dispositions légales, ait appliqué ces expressions à des obligations qui ne rentrent sans doute pas dans le même cadre, mais dont le contenu est à peu près le même.

53. *Ignorance.* — On ne peut évidemment pas demander au praticien d'avoir des connaissances universelles et d'être au courant, dans tous leurs détails, de l'intégralité des principes en honneur dans toutes les branches de l'art médical. Mais il doit, pour le moins, connaître, lorsqu'il pénètre dans leur champ d'application, « les règles assez unanimement et anciennement adoptées pour être considérées comme définitivement entrées dans le domaine de la science » (168).

Offrant au client ses services de médecin, il lui doit en effet, les soins et la capacité intellectuelle qu'on peut raisonnablement attendre d'un praticien « moyen » éclairé et consciencieux. S'il déçoit cette attente légitime par une ignorance crasse ou même seulement une ignorance anormale, il manque à ses obligations

(167) Voir notamment : Trib. Corr. Bouches-du-Rhône, 20 janv. 1927 : R... c/D<sup>r</sup> X..., Dh. 1927. 267.

Nancy, 18 juin 1912 : Guillaume c/Henriet, D. 1913. 2. 226.

Trib. Civ. Seine, 22 avril 1931 : d'Erceville c/docteurs Bouffe de St Blaize, Tzanck, Hôpital Américain Neuilly. G. Trib., 21 juillet 1933.

Trib. Civ. Cambrai, 15 mars 1900 : veuve Legrand c/D<sup>r</sup> T..., « Le Droit », 12 juin 1900.

Trib. Civ. Seine 1932 : Mangeot c/D<sup>r</sup> Ferrand, G. Trib. 1932. 2. 2. 132.

Colmar, 10 juillet 1850 : D<sup>r</sup> H. P. c/dame Perrot, D. 1852. 2. 196.

Trib. Civ. Gray, 29 juillet 1873 : Th... c/D<sup>r</sup> B..., D. 1874. 5. 436.

Bordeaux, 13 juin 1910 : H... c/D<sup>r</sup> Villar. « Le Droit », 26 nov. 1910.

Paris, 16 janv. 1913 : Dufail c/D<sup>r</sup> Ripault, D. 1913. 2. 237.

(168) E. H. Perreau : *Eléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins*, Paris 1908, p. 274.

et encourt la responsabilité des suites dommageables de son impéritie.

Aucune discussion ne s'élève sur ce point et l'on ne peut qu'approuver les décisions qui relèvent comme des fautes le fait par des praticiens de n'avoir pas su reconnaître un cancer au début de son évolution, alors qu'il était facilement dépistable (169), ou de n'avoir pas su interpréter une épreuve radiographique en n'y voyant pas la révélation d'une fracture évidente du col du fémur (170).

L'ignorance peut aussi se retrouver en dehors des problèmes posés par le diagnostic, dans le déroulement même du traitement. Un opérateur inexpérimenté, qui utilise un procédé (rayons Roentgen par exemple [171]), dont il ne connaît pas bien le maniement ni les effets, engage indiscutablement sa responsabilité.

Le public a le droit d'être protégé contre de semblables mécomptes, et l'intérêt du corps médical lui-même commande que l'on différencie, des hommes de l'art consciencieux, les incapables qui, par leur ignorance, compromettent le prestige de la profession et la confiance que doivent naturellement inspirer ses membres.

54. *Négligence.* — En principe, il n'est certes pas, en médecine ou en chirurgie, de prescriptions « passe-partout » dont l'application s'imposerait automatiquement et constituerait pour le praticien une obligation irréfragable. Il est toutefois certains procédés d'investigations, certaines mesures prophylactiques, auxquels suivant l'état de la science, l'homme de l'art ne peut se dispenser d'avoir recours, sans s'exposer, en cas de suites fâcheuses, au reproche de négligence. Ne les utilisant pas, il a, en effet, négligé les moyens, normaux, à la portée de tout le monde, d'établir un diagnostic sérieux (172), ou il a négligé les précautions techniques élémentaires pour prévenir toutes les complications. Il est même des traitements et des procédés qui,

(169) Trib. Féd. Suisse, 9 déc. 1892 : Dr Meister c/B..., S. 1893. 4. 16.

(170) Montpellier, 29 mai 1934 : Dr L... c/Solier, Dh. 1934. 453.

(171) Aix, 22 octobre 1906 : Dr Chini c/Cocconni, D. 1907. 2. 41, n. Mérignhac ; S. 1009. 2. 231, n. E. H. Perreau.

(172) Trib. Civ Seine, 4 janv. 1938 : Bekenstein c/Dr Batisse et la Foncière ; G. Trib., 24 février 1938.

sauf exception, sont classiques pour telle affection bien définie ou pour telle opération chirurgicale bien cataloguée, et dont on ne sait si l'omission relèverait plus de l'ignorance ou de la négligence.

Le moyen d'investigation, qui, dans beaucoup de cas, s'impose maintenant le plus fréquemment au praticien embarrassé, c'est la radiographie. Et les tribunaux n'hésitent jamais à condamner un chirurgien qui aura commis une erreur de diagnostic pour n'avoir pas eu recours à ce procédé de contrôle (173), sauf le cas où cette mesure qui se serait rétrospectivement révélée utile, ne l'apparaissait en aucune manière au moment des soins (le patient n'étant pas transportable et la blessure s'étant améliorée rapidement, par exemple [174]).

L'interprétation des réactions biologiques devient de plus en plus, pour la science, un de ces détecteurs précieux. Le séro-diagnostic est, d'après les auteurs médicaux les plus éminents, un procédé infailible, ou à peu près, de vérification de l'exactitude du diagnostic de paratyphoïde. Le Tribunal Civil de la Seine (175) n'a pas voulu, *de plano* et sur la seule autorité d'ouvrages théoriques, prononcer une condamnation contre des médecins accusés d'avoir occasionné la mort d'une malade en ne recourant pas à ce procédé, mais il a soumis l'espèce à des experts pour se faire indiquer s'il y avait une raison, en l'espèce, pour méconnaître la prescription de la doctrine.

Le chirurgien qui reçoit pour la première fois un client peut avoir, pour établir son diagnostic, une obligation spéciale. Le malade, en effet, va rarement directement chez le chirurgien et bien souvent, il a tout d'abord, consulté un médecin. L'avis du médecin traitant, ou plus simplement encore les renseignements qu'il possède sur les antécédents lointains ou immédiats du malade, doivent être recherchés par le chirurgien qui, là encore,

(173) Rouen, 21 avril 1923 : Petit c/D<sup>r</sup> Vallet ; G. Palais, 1923. 2. 247. S. 1924. 2. 17, n. Perreau.

Trib. Civ. Le Havre, 22 mars 1924 : veuve Decary c/D<sup>r</sup> Michel ; G. Trib., 7 septembre 1924.

Rouen, 6 mai 1931 : D<sup>r</sup> Fabre c/Cadiou ; Rec. Rouen, 1931. 122.

(174) Douai, 27 nov. 1929 : D<sup>r</sup> Capelle c/Racke ; Rec. Douai, 1929. 321.

(175) Trib. Civ. Seine, 13 janv. 1934 : Breissan c/docteurs Brelet, Chevrel et Lemierre ; G. Trib., 1934. 1. 2. 130 et « Siècle Médical » 1<sup>er</sup> février 1934.

peut être condamné s'il a commis une erreur pour ne pas les avoir sollicités (176).

Une détermination arrêtée d'un commun accord entre médecins a une importance plus grande que si elle a été prise par un seul, et le médecin traitant qui aura appelé un spécialiste en consultation, pourra commettre une faute si ayant donné son accord à l'avis émis de concert, il n'applique pas les prescriptions qui s'ensuivent. Il a commis de toute façon une négligence, car même s'il a changé d'avis, il devait solliciter une nouvelle consultation ou se retirer (177).

Le chirurgien, qui va pratiquer une opération, ne doit pas limiter son examen à la partie du corps qui constituera le champ opératoire. Il doit rechercher s'il n'existe chez le patient aucune contre-indication. Cela va de soi lorsqu'il s'agit de contrôler une hémophilie, un diabète possible ou de vérifier la valeur de l'autre rein avant de pratiquer une néphrectomie. Mais la recherche doit être poussée très minutieusement et le Tribunal de la Seine (178) a pu condamner un chirurgien qui avait occasionné avec son thermocautère de très graves brûlures à un opéré, lavé au préalable à l'éther et à l'alcool. Ce malade, par suite d'une coxalgie, présentait une malformation de la hanche et de l'aîne. Les traces de l'alcool de lavage étaient demeurées dans le pli inguinal anormalement profond, et avaient inopinément coulé sous la cambrure lombaire exagérée par l'ankylose de la hanche, et imbibé les linges sur quoi reposait le patient.

Il nous paraît impossible de critiquer avec M. E. H. Perreau, un pareil jugement, car la négligence semble bien caractérisée. Si le chirurgien avait minutieusement examiné le malade avant qu'il fût sur la table d'opération, si, conformément au précepte énergiquement formulé par le Docteur Massart (179), il l'avait examiné *nu*, l'accident ne se fût pas produit. Et l'on ne saurait voir, comme le fait M. Perreau, une question de technique opératoire dans l'appréciation du caractère plus ou moins sérieux de

(176) Rouen, 21 avril 1923, précité avec la note au S. 1924. 2. 17 de M. E. H. Perreau.

(177) Montpellier, 7 juin 1934 : R. c/D<sup>r</sup> R..., Dh. 1934. 483.<sup>®</sup>

(178) Trib. Civ. Seine, 29 octobre 1912 : C... c/D<sup>r</sup> L..., S. 1914. 2. 453: n. E. H. Perreau.

(179) D<sup>r</sup> Raphaël Massart : *Les responsabilités du chirurgien*. « Le Concours Médical », 6 bis, 10. 11. 32, pages 419 et suiv.

l'examen pré-opératoire pas plus qu'une cause d'entrave à la hardiesse médicale dans la sanction d'une semblable négligence.

Dans le même ordre d'idées, nous ne pouvons non plus approuver le principe, posé par une décision de justice de paix (180), qu'un spécialiste des maladies du tube digestif, consulté par une cliente qui souffre en réalité d'une affection gynécologique et qui a négligé de se faire au préalable examiner par un praticien de médecine générale, est excusable de n'avoir pas procédé à un examen gynécologique, avant de donner des soins ressortant de sa spécialité et sans doute inutiles. La spécialisation médicale ne saurait aboutir à un cloisonnement étanche entre les différentes branches de la médecine, et c'est au praticien, et non à une cliente ignorante, que doit être dévolu le soin de contrôler si l'affection dont souffre celle-ci est bien de l'ordre qu'elle suppose et ressort de la compétence du médecin consulté.

Nous avons vu plus haut (n° 47) qu'étant donné l'état où pouvait se présenter une blessure, il était parfois impossible d'établir autre chose qu'un diagnostic provisoire, sujet à correction dans la suite. La négligence est certaine, si, après n'avoir pu établir qu'un tel diagnostic, un praticien continuait un traitement prescrit en vertu de ces premières constatations sans prendre la peine une fois que cela était possible de chercher à rectifier son hypothèse du début et aboutissait ainsi à des résultats déplora-bles (181).

Une négligence d'un caractère encore plus frappant, mais dont heureusement on ne trouve coupables que fort peu de médecins, a été soumise jusqu'à la Cour de Cassation (182). La Chambre Civile a en effet rejeté le pourvoi d'un médecin condamné pour n'avoir pas soigneusement débridé, lavé et sondé une plaie, y avoir laissé subsister des débris de vêtements et une bourre de cartouche, et avoir ainsi laissé déterminer une infection qui causa la mort du patient dont la blessure n'avait atteint aucun organe important. La méconnaissance des règles de l'asepsie est évidemment une des négligences les plus graves et les plus évidentes.

(180) Trib. Paix Ivry-sur-Seine, 1<sup>er</sup> mai 1931 : D<sup>r</sup> Delort c/époux Tollemer ; G. Trib., 14 juillet 1931.

(181) Paris, 6 juin 1923 : veuve Cardon c/dame de Dampierre, D<sup>r</sup> Hischmann et Cie La Providence, D. 1924. 2. 117.

(182) Cass. Civ., 11 janvier 1932 : D<sup>r</sup> Lapierre c/dame Sand, D<sup>r</sup> 1932. 131.

Enfin, le rôle du chirurgien n'est pas terminé avec l'opération proprement dite. On ne s'est pas borné à faire appel à un praticien pour effectuer une modification artificielle dans la chair humaine comme à un mécanicien pour la substitution d'une pièce métallique à une autre sur une machine détériorée. On lui a demandé de tout tenter pour aboutir au rétablissement de la santé. C'est dire que le concours qu'on attend de lui peut devoir s'appliquer aux suites de l'intervention et qu'en se désintéressant du malade qui, sorti de la salle d'opérations, peut encore cependant avoir besoin de la surveillance médicale, le chirurgien commet un acte de négligence.

Il a été jugé notamment (183) qu'était engagée la responsabilité d'un chirurgien qui avait négligé de vérifier l'utilisation de bouillottes dont il avait préconisé l'emploi pour réchauffer le malade après l'opération et qui, trop chaudes, avaient occasionné de graves brûlures.

Si le chirurgien est sur place, il doit donc revoir l'opéré, et surveiller la cicatrisation de la plaie et le rétablissement du malade. S'il a été, au contraire, appelé pour opérer au loin, il est évident qu'alors ce qui a été sollicité de lui c'est simplement l'intervention elle-même pour laquelle il s'est déplacé, puisque son voyage a été limité au temps nécessaire pour la pratiquer. Celui qui a la charge de surveiller la période post-opératoire, c'est le médecin local qui a soigné le patient et sollicité l'intervention du chirurgien.

Cependant, le docteur Massart (184) conseille très prudemment à ce chirurgien de rédiger une consultation détaillée, contenant la claire prescription des soins principaux. Ainsi le chirurgien n'aura rien négligé de ce qu'on pouvait attendre de lui. Ayant pratiqué l'opération, il aura encore donné une direction aux soins post-opératoires. Seule l'exécution de ceux-ci lui échappera et sa responsabilité ne pourra donc en rien être engagée.

55. *Imprudence.* — La tâche du juge devient ici plus délicate. Il est en général assez facile de dépister l'ignorance ou la négligence d'un médecin. Si ses clients se plaignent d'une imprudence de sa part, les magistrats doivent prendre garde de ne pas

(183) Paris, 4 juillet 1932 : Cons. de C... c/D<sup>r</sup> P... et autres. Dh. 1933. 2. 113, n. Henri Lalou.

(184) D<sup>r</sup> Raphaël Massart. *Op. Cit.*

se laisser entraîner sur un terrain défendu, car le débat va côtoyer les discussions d'ordre technique où ne doivent pas s'immiscer les tribunaux.

Savoir si un praticien a été prudent ou imprudent, ou, ce qui s'en rapproche beaucoup, s'il a été adroit ou anormalement maladroit, c'est là une question de fait, et l'on ne peut donner beaucoup d'indications d'ordre général à ce propos.

Est imprudent notamment le médecin qui poursuit avec un instrument dangereux, qui risque de déterminer des maux plus grands que ceux que l'on cherche à guérir, la recherche d'un résultat qui a échappé aux premières tentatives (185), celui qui prolonge sans surveillance ou précautions suffisantes l'application du procédé dangereux (185 et 186), et celui qui témoigne dans cette application d'une maladresse et d'une inexpérience manifestes (187). C'est pourquoi on trouve surtout au sujet de l'application des rayons X ou de bandages, des décisions relevant l'imprudence de l'opérateur.

Ce qu'il faut souligner, c'est que la difficulté de l'entreprise, loin de diminuer l'obligation de prudence du praticien, doit au contraire inciter celui-ci à montrer encore plus de circonspection (188). Celà, surtout, s'il se sait, en raison d'une instruction et une éducation professionnelles moins sérieuses (s'il n'est que chirurgien-dentiste, par exemple), nettement dépassé par la tâche assumée, auquel cas il doit avoir recours à un opérateur plus qualifié (189).

(185) Aix, 22 octobre 1906 précité.

(186) Trib. Civ. Quimper, 30 décembre 1932, confirmé par Rennes. 15 mai 1933 : veuve Guyader c/D<sup>r</sup> M... ; G. Pal., 23 oct. 1933.

Rennes, 3 mars 1930 : Dlle Bourcier c/D<sup>r</sup> X... ; Rec. Rennes, 1930. 61.

Trib. Civ. Bordeaux, 7 juin 1933 : Samazeuilh c/D<sup>r</sup> R... ; G. Pal., 23 octobre 1933.

Nîmes, 26 février 1884 : D<sup>r</sup> Latour c/Dlle Biscarrat, D. 1884. 2. 176.

(187) Trib. Civ. Seine, 5 janv. 1901 : Mme Devevey c/D<sup>r</sup> de Bourgade de la Dardie ; G. Trib., 1904. 1. 2. 443.

(188) Paris, 6 février 1930 : Paulot c/Brémond ; G. Trib., 1930. 1. 2. 327.

(189) Trib. Civ. Le Mans, 9 déc. 1930 : dame Rousseau c/Baréillier. « La Loi », 3 fév. 1931.

Trib. Féd. Suisse, 9 déc. 1892 : D<sup>r</sup> Meister c/B..., S. 1893. 4. 16. — Note de M. E. H. Perreau au S. 1907. 2. 233.

## § IV. — EXPÉRIENCES SCIENTIFIQUES

56. Il est deux séries de circonstances, où peut être engagée la responsabilité médicale, pour lesquelles une mention spéciale doit être faite : l'homme de l'art se livrant sur son client à une expérience scientifiques, le chirurgien pratiquant une opération dans un but cosmétique (chirurgie esthétique).

Il est évident que le praticien, en face d'un cas douteux, pour le traitement duquel il n'existe aucune prescription classique, ou à propos duquel tous les remèdes habituels ont échoué, peut tenter, pour guérir son malade, l'emploi d'une méthode ou d'un remède nouveaux.

Il a le droit, dans la recherche de la guérison, de procéder par tâtonnements. Il a le droit, en désespoir de cause, sur le patient qui semble incurable par les voies normales, de faire l'essai d'une théorie neuve et hardie, d'un traitement n'ayant pas encore fait ses preuves ou d'un moyen nouveau imaginé par lui. Il ne relève alors que de sa conscience. C'est ainsi d'ailleurs qu'un grand nombre de techniques nouvelles et utiles ont été instaurées.

Mais le chirurgien ne doit jamais oublier qu'il exerce, sur le corps humain, une activité qui, en droit commun, serait illicite au premier chef. Non seulement, en droit civil, les conventions qui ont pour objet l'atteinte à l'intégrité corporelle de l'homme, sont frappées de nullité, mais encore, l'intervention chirurgicale a bien comme résultat « une blessure » commise au moyen d'une « violence » ou d'une « voie de fait » volontaires. Nous avons vu plus haut (Cf supra n° 35) que, bien que ces circonstances constituent les éléments d'incrimination prévus par l'article 309 du code pénal, si elles ne sont pas relevées contre le chirurgien, si une exception est faite au droit commun, c'est uniquement parce que les violences et voies de fait n'ont été commises que dans le but de guérir celui qui en a été l'objet, dans le but de lui être utile.

Ce qui protège donc l'homme de l'art dans son activité qui consiste à modifier artificiellement avec violence l'équilibre corporel du patient, c'est ce caractère curatif. A la condition qu'il apparaisse nettement, on déroge au droit commun.

Mais s'il vient à manquer, si l'intérêt du malade n'a pas été le mobile du chirurgien, si le geste de celui-ci a été entièrement

commandé par tout autre chose que le souci de guérir, la raison tombe, qui imposait une exception au droit commun. L'immunité légale disparaît, et les règles normales reprennent leur jeu habituel.

C'est pourquoi il n'a jamais été toléré que les médecins, assimilant leurs malades à des cobayes, les utilisent comme champ d'expériences scientifiques. On n'a pas le droit d'inoculer un virus à un client pour étudier à l'aise l'évolution d'une maladie. Un Tribunal correctionnel (190) a prononcé une condamnation pénale de principe, à l'encontre d'un médecin des hôpitaux de Lyon, qui, en 1859, avait inoculé à un jeune teigneux, pour trancher une vive controverse scientifique, le pus d'accidents secondaires de la syphilis afin de savoir si ces accidents étaient contagieux. Le malade avait d'ailleurs pu, malgré cela, finalement guérir. Ce jugement indique bien, en outre « que pour qu'il y ait délit, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait eu le dessein caractérisé et déterminé d'agir méchamment..., mais qu'il suffit qu'il ait agi en connaissance de cause et avec l'intention de satisfaire, au risque de nuire, soit l'intérêt de sa renommée, soit même une passion purement scientifique et désintéressée ».

Et dans une espèce particulièrement grave où l'expérimentation, faite à l'insu du malade convoqué sous un prétexte mensonger, avait abouti à sa mort, le Tribunal Civil de la Seine (191) souligne qu'il est sans intérêt de rechercher si le traitement a été fait suivant les règles de l'art, recherche qui n'aurait d'utilité que si le médecin avait procédé à son expérience dans l'intention de guérir. On peut, d'ailleurs, soutenir que les règles de l'art ne permettent pas d'infliger, à quelqu'un qui n'en a nul besoin, un traitement susceptible à un degré quelconque de lui faire courir un risque.

La conclusion sévère d'un pareil débat, c'est qu'en ce qui concerne l'expérimentation sur l'homme, le médecin n'a que le droit d'opérer sur lui-même, ainsi que le dit Lacassagne, et que firent, prêchant d'exemple, Desgenettes et Trousseau.

(190) Trib. Correc. Lyon, 15 déc. 1859 : Min. Public c/Guyénot et Gailleton, D. 1859. 3. 87.

(191) Trib. Civ. Seine, 16 mai 1935 : Cons. Chavonin c/D<sup>r</sup> L..., Administration de l'A. P. et société des Laboratoires Thoraude, D. 1936. 2. 9, n. Desbois ; jugement confirmé par arrêt de la cour de Paris, 11 mai 1937 ; G. P., 4 oct. 1937.

## § 5. — CHIRURGIE ESTHÉTIQUE

57. *Préjugé défavorable opposé naguère à la chirurgie esthétique.* — C'est également, parce que le but curatif de l'activité y apparaît moins nettement, que la chirurgie esthétique nécessite, après l'expérience scientifique, une mention spéciale.

Réparer une laideur corporelle, pratiquer une opération chirurgicale dans le seul but de corriger une imperfection physique qui choque le sens esthétique, ce n'est pas, a-t-on prétendu, poursuivre un but curatif. Donc, ici non plus, l'immunité légale ne devrait plus protéger le chirurgien. Le seul fait d'opérer le constituerait en faute, sans qu'il y ait lieu de rechercher une imprudence ou une négligence, dans l'exécution. L'existence d'un préjudice permettrait alors au patient d'obtenir des dommages-intérêts. La chirurgie est une chose grave. Elle ne devrait pas se compromettre avec des frivolités comme le souci de la coquetterie.

Dès lors, il s'est trouvé des tribunaux pour proclamer, en soutenant qu'une imperfection physique n'est pas une maladie, que le chirurgien doit refuser son concours au client qui le sollicite pour une opération dans un but esthétique (192). C'est notamment ce qu'a décidé le Tribunal Civil de la Seine, dans la plus fameuse affaire de cette sorte, en jugeant « que le fait même d'avoir entrepris une opération comportant des risques d'une réelle gravité, sur un membre sain, dans le seul but d'en corriger la ligne, et sans que cette intervention soit imposée par une nécessité thérapeutique, ni même qu'elle puisse présenter une utilité quelconque pour la santé de l'opérée, constitue à lui seul une faute de nature à entraîner la responsabilité du chirurgien » (193). Il s'agissait d'une jeune femme qui avait demandé au Docteur Dujarrier, de réduire la grosseur excessive de ses jambes et qui, à la suite de l'opération, avait dû subir une amputation.

Mais toute cette argumentation se fonde sur un raisonnement erroné. La chirurgie esthétique n'est pas sans utilité pour

(192) Paris, 22 janv. 1913 : Dr Delherm c/Dlle Calou, D. 1919. 2. 73, note Léon Denisse. S. 1918-1919. 2. 97, note E. H. Perreau ; un pourvoi formé par le Dr Delherm a été rejeté par Cass. Civ., 29 nov. 1920, D. 1924. 1. 103.

Trib. Civ. Lyon, 3 janv. 1936 : dame P... c/Dr X... Dh. 1936, 127, infirmé par Lyon, 27 mai 1936 ; G. P., 9 oct. 1936.

(193) Trib. Civ. Seine, 25 fév. 1929 : époux Leguen c/Dujarrier. D. 1931. 2. 141.

la santé du client. Dire qu'une imperfection est sans rapport avec une maladie, c'est porter une affirmation gratuite. C'est bien, au contraire, dans l'intérêt du patient que sont, en général, pratiquées les opérations chirurgicales de cet ordre.

Il faut évidemment faire exception pour le cas où le chirurgien n'aurait en rien envisagé l'intérêt du patient, et n'aurait pratiqué l'opération que dans un but d'expérimentation ou de publicité. La Cour de Lyon (194) a condamné un chirurgien, qui avait payé une vieille femme pour pratiquer sur elle le redressement d'un seul sein et pour pouvoir ensuite l'exhiber au public en montrant l'état de la même personne « avant et après » l'application de la méthode. Les magistrats stigmatisent très justement une telle convention de vivisection, contraire aux bonnes mœurs, incompatible avec la dignité humaine. L'opération, qui n'avait été entreprise qu'en vue des profits que le chirurgien escomptait, avait en outre déplorablement échoué, et l'opérée a obtenu une petite réparation de l'aggravation des déchéances laissées par l'âge et des souffrances que lui avaient occasionnées cinq interventions accompagnées d'anesthésies générales.

58. *Conditions d'exercice actuelles de la chirurgie esthétique.* — Mais, à part un tel cas, heureusement des plus rares, on peut bien qualifier de « réparatrice » la chirurgie qui tente d'apporter à l'opéré, en remédiant à un défaut de son physique, plus de bonheur, ou même plus simplement la possibilité de gagner sa vie. L'expérience de la guerre a justifié de façon éclatante la chirurgie réparatrice de la face, qui a permis à des malheureux atteints d'horribles blessures de passer plus inaperçus. Et la cliente du Docteur Dujarrier ne recherchait pas seulement une satisfaction de coquetterie, mais voulait supprimer une difformité qui l'empêchait d'exercer son activité dans le commerce de la haute couture.

Ainsi, si l'on peut reconnaître que, souvent, l'opération cosmétique est moins urgente que la plupart des opérations chirurgicales et qu'elle remédie à un mal qui met moins en danger la santé du patient, il est impossible dans cette distinction de voir autre chose qu'une différence de degré. La chirurgie esthétique participe bien à la nature curative de toute chirurgie. Elle a pour

(194) Lyon, 27 juin 1913 : R... c/Dr P... D. 1914. 2. 73 ; n. Henri Lalou.

but d'améliorer l'appareil humain, et souvent remédie par ses heureux effets à des états mentaux déficients en raison de la neurasthénie occasionnée par une difformité physique (195). Et répondre, comme le font certaine décisions, que si une cliente désespérée par cette difformité, menace le chirurgien de se suicider au cas où l'opération ne serait pas pratiquée, cela ne relève que de la psychiatrie, c'est bel et bien pénétrer dans le domaine de la science médicale en se prononçant sur le choix du traitement. C'est « affaire entre les docteurs » que de décider du meilleur remède pour faire tomber l'exaltation de la cliente et il est fort possible que les psychiatres eux-mêmes, à qui les chirurgiens, prétend-on, auraient dû faire appel, auraient conseillé l'intervention.

La condamnation du principe de la chirurgie esthétique, ne nous paraît donc reposer sur aucun fondement juridique. Mais le fait que cette chirurgie réponde moins qu'une autre à des nécessités vitales, augmente le devoir de précaution du chirurgien. Nous avons vu (cf supra n° 7 et 8) que l'urgence de l'intervention pouvait dispenser le chirurgien de s'entourer des consentements nécessaires, et que si l'exposé des risques encourus était susceptible d'émouvoir le malade et de le placer dans une situation moins favorable, le chirurgien pouvait ne pas l'éclairer complètement. Nous sommes ici dans le cas contraire. Jamais la chirurgie esthétique ne nécessite qu'une décision soit prise avant même que le patient ait été mis en mesure de donner son consentement (c'est même lui qui vient toujours solliciter expressément l'intervention). L'exposé des risques de l'opération n'est pas de nature à aggraver son état. Si ces risques l'effrayent au point de le détourner de l'intervention, c'est que le mal dont il souffre est hors de proportion avec eux. Si au contraire, ils ne l'en détournent pas, c'est qu'ils ne sont pas hors de proportion avec le mal à guérir et cela légitime alors l'opération chirurgicale pratiquée.

Ces risques sont réels. L'expérience l'atteste et les procès intentés à des chirurgiens malheureux en sont la preuve vivante. Risques auxquels ne peuvent complètement parer ni la valeur du chirurgien, ni la bénignité apparente de l'opération, mais qui

(195) C'est ce que reconnaissent différents arrêts dont Bordeaux, 13 juin 1910 : H... c/Dr Villar. « Le Droit », 26 nov. 1910. — Paris, 22 janv. 1913 : Dr Delherm c/Calou, D. 1919. 2. 73. — Lyon, 27 mai 1936 Dr C... c/dame Pupal, G. Pal., 9 oct. 1936, cités plus haut.

doivent être prévus par l'homme de l'art, sans quoi, il serait en faute, par ignorance.

Plus, donc, les risques encourus sont-ils élevés en proportion du mal à guérir, plus clairement le patient doit-il en être averti. C'est le cas de la chirurgie esthétique. On doit pouvoir la pratiquer librement, mais sous la condition d'éclairer le client, sans réserves et sans ambiguïté. Un chirurgien ne doit donc pas être considéré en faute par le seul fait qu'il procède à une opération cosmétique. Il ne pourra l'être que s'il ne justifie pas avoir donné au préalable, à son client, l'avertissement en question.

C'est ce qu'a jugé, dans un arrêt (196) qui nous paraît devoir orienter la jurisprudence (197), la Cour de Paris dans l'affaire Dujarrier, en réformant les motifs du jugement, mais en maintenant la condamnation. Le Docteur Dujarrier reste condamné à payer la même somme à sa cliente, mais ce n'est plus parce qu'il a pratiqué la chirurgie esthétique. Ce genre d'activité n'est plus frappé d'une interdiction de principe. Le chirurgien n'est condamné (et la condamnation n'atteint plus alors que lui, et non l'ensemble de ses confrères pratiquant cette spécialité) que parce qu'il « a procédé avec une précipitation regrettable à l'opération », et « qu'il a négligé d'éclairer complètement sa cliente sur « les risques graves qu'allait comporter son intervention ». « Une « indication exacte des dangers de l'opération », conclut la Cour, « et un consentement donné par l'intéressée en toute connaissance de cause, sont absolument nécessaires et doivent « être rigoureusement exigés, quand l'opération n'a pas pour « but de guérir le mal, mais seulement de faire disparaître ou « d'atténuer une imperfection physique ». Un tel arrêt ne sonne plus le glas de la chirurgie esthétique, comme le jugement avait paru le faire. Il impose simplement à ceux qui se livrent à la chirurgie esthétique une précaution spéciale.

Il n'est pas d'usage, évidemment, dans le domaine de la chirurgie courante, de constater par écrit l'accord des parties. Mais les raisons de cette absence de contrat écrit (urgence, absence de précisions sur la nature exacte de l'intervention, consentement difficile à formuler, etc...) se retrouvent beaucoup moins en la

(196) Paris, 12 mars 1931 : Dujarrier c/époux Leguen, D. 1931. 2. 141, n. Jean Loup, S. 1931. 2. 129, n. E. H. Perreau.

(197) Trib. Civ. Seine, 16 janv. 1938 : dame Brack c/D<sup>r</sup> Pascalis, G. Trib., 1<sup>er</sup> février 1938.

matière. Et ici l'homme de l'art est poussé par la nécessité, car c'est la jurisprudence qui le met dans l'obligation de se couvrir avec plus de minutie. Aussi croyons-nous qu'on ne saurait trop conseiller dans un pareil cas, au chirurgien, de faire signer à son client, une déclaration où celui-ci reconnaîtra avoir été informé de tous les risques encourus.

Il est inutile d'aller plus loin et de demander au client l'engagement de ne pas réclamer de dommages-intérêts, quelle que soit l'issue de l'opération. Cet engagement risquerait d'être nul comme portant une renonciation à un droit touchant à l'intégrité de la personne humaine. Il serait inutile, car les clauses de non-responsabilité n'ont pour effet, en droit civil français, que de renverser la charge de la preuve en la faisant incomber au créancier. Or, en matière médicale, nous avons vu qu'en fait, c'est toujours le créancier, le client, qui doit établir que le chirurgien a commis une faute.

Ce n'est pas contre une faute, commise au cours du traitement, qu'un accord écrit doit protéger le chirurgien. Celui-ci doit simplement démontrer qu'il a bien exécuté son obligation de prudence dans la décision initiale, en ne pratiquant l'opération que sur un sujet averti. La pratique à recommander nous paraît donc être celle d'un chirurgien, qui fait écrire par le client une lettre où celui-ci déclare, dans une formule heureuse (198), avoir été informé de tous les risques encourus, ou qui reproduit cette formule au bas d'une feuille de conditions opératoires devant être revêtue de la signature du client. Un jugement du tribunal de Bordeaux (199), a déjà consacré cette pratique, en mentionnant, pour déclarer que le chirurgien n'avait commis aucune faute, le fait que celui-ci avait pris soin de prévenir sa cliente des risques et d'exiger son acquiescement par lettre. La chirurgie esthétique

(198) « Dans l'entretien que vous m'avez accordé, vous m'avez bien prévenu, et cela pour mettre à couvert votre responsabilité, que des risques divers opératoires et post-opératoires, quoique rares, sont toujours possibles, comme dans toutes les opérations, même les plus légères, et qu'aussi les résultats esthétiques obtenus peuvent ne pas être toujours aussi satisfaisants qu'on l'eût désiré et que l'on ne peut rien garantir. » Cité par Claoué et Irène Bernard. *Plastique Mammaire*, Paris 1936, p. 57.

(199) Trib. Civ. Bordeaux, 8 nov. 1932 : Mme T... c/Dr Coiquaud, Rep. Commaille, 1923, 10.771.

rentre ainsi dans le cadre du droit commun, en constituant simplement un cas extrême où l'on doit redoubler de précautions.

## SECTION VI

### RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRÉPOSÉS

59. — Si les chirurgiens sont responsables du préjudice occasionné par leur fait, ils le sont également pour celui qui est causé par leurs préposés. La responsabilité du fait des préposés est inscrite dans le code civil au chapitre des quasi-délits. Elle n'est évidemment pas non plus incompatible avec la responsabilité contractuelle : le débiteur ne remplit pas son obligation, lorsqu'employant dans sa prestation des auxiliaires, un dommage arrive par la faute de ceux-ci.

C'est une double considération qui est à la source de cette responsabilité. D'abord il est indiscutable qu'elle est établie parce que le préposé a commis son acte en tant que représentant le maître. C'est le maître qui agit par le truchement de son préposé. C'est donc le maître qui est à l'origine du préjudice.

Ensuite, un souci d'ordre économique exige que la réparation du préjudice soit effectuée par le maître, car il occupe à son profit un préposé qui risque le plus souvent d'être insolvable (200).

Mais que doit-on entendre par « préposé » du chirurgien ? Là encore, il faut se reporter à la notion de contrat. Le malade qui entreprend de subir une opération chirurgicale, va contracter avec plusieurs personnes, chirurgien, clinique ou Assistance Publique, pharmacien, etc...

Le chirurgien ne sera donc pas responsable du fait d'une personne avec laquelle le patient a directement contracté. Une telle personne n'est pas son préposé. S'il a cependant une certaine autorité sur elle, si c'est par exemple une infirmière, il lui arrivera sans doute d'encourir une responsabilité à l'occasion d'un préjudice qui paraîtra causé par elle. Mais, il ne s'agira jamais en l'espèce, de responsabilité du fait du préposé. Il s'agira bel et bien d'une responsabilité personnelle. Les tribunaux ne condamneront le chirurgien que parce qu'ils auront relevé contre lui

(200) Notes André Besson, D. 1930. 2. 115. René Dallant, D. 1931. 1. 174.

personnellement une faute de surveillance ou de négligence (201). La responsabilité sans faute, la responsabilité du fait du préposé ne sera encourue que lorsque la prestation qui est spécialement attendue du chirurgien comporte l'emploi de gens qui n'ont pas été directement sollicités par le patient, et qui sont choisis et dirigés par l'homme de l'art.

Ainsi, le préposé qui en l'absence du praticien gère son cabinet (mécanicien dentiste par exemple), engage par son fait la responsabilité de celui qui l'a choisi et lui a donné ses directives (202).

Mais le remplaçant, qui, sans lien de préposition, tient temporairement le cabinet d'un confrère absent, n'engage pas la responsabilité de celui-ci (203). Le contrat se forme directement

(201) Paris, 4 juillet 1932 : cons. de C... c/D<sup>r</sup> P... et autres, D. 1933. 2. 113, n. H. Lalou. — Lyon, 18 mars 1927 : D<sup>r</sup> Gonnet c/Debrieux et Audreys. Mon. Jud. Lyon, 22 nov. 1927. Un arrêt de Bourges (2 fév. 1938, G. P., 30 avril 1938 : D<sup>r</sup> B... c/Dlle Berger et clinique St-Michel) est assez curieux car, rendu à propos d'une brûlure causée par l'application d'une bouillote aussitôt après l'opération, il condamne bien le chirurgien parce que celui-ci doit surveiller l'opéré, entre la fin de l'opération et le réveil, et que ce n'est qu'à ses risques et périls qu'il peut se reposer de ce soin sur des infirmières ; mais pour écarter la responsabilité de la clinique il croit devoir ajouter que « les infirmières attachées à ladite clinique où le chirurgien pratiquait ses opérations étaient sous ses ordres et partant ses préposées ». Un jugement du tribunal civil Seine, 30 mai 1938 : dame Baudoux c/docteurs L... et D..., sous-note G. P., 5 oct. 1938, adopte la même solution dans une espèce à peu près analogue.

Il nous semble y avoir là une extension excessive de la notion de préposé. Le préposé n'est pas seulement celui qui reçoit des ordres, mais celui qui est lié avec l'employeur par un contrat de travail. En l'espèce, les infirmières engagées et payées par la clinique sont les préposées de celle-ci, et pour dégager sa responsabilité en cas de faute du médecin, la clinique aurait contre lui une action récursoire.

(202) Paris, 26 juin 1919 : Dlle J... c/X..., D. 1919. 2. 73, n. Léon Denisse ; S. 1922. 2. 113, note E. H. Perreau, très critiquable dans son analyse de la faute qui renferme un inadmissible raisonnement sur des questions techniques, mais logique dans les conséquences qu'il en tire, en ce qui concerne le commettant.

(203) Planiol, Ripert, Esmein : *Traité de droit civil*, tome VI, Paris, 1930. 648. — Blanche Rodet : *La Responsabilité Civile des Médecins et la jurisprudence actuelle*. Thèse droit, Paris, 1937, p. 172.

entre le remplaçant et le client qui est libre de ne pas s'adresser à lui.

A l'hôpital, le chirurgien est responsable, vis-à-vis des malades, de l'assistant (204) ou des internes (205) qu'il a agréés, qui pratiquent des opérations à sa place et sous ses directives et qui sont ses élèves (leur titre officiel est d'ailleurs « élève interne »).

Les infirmiers et infirmières choisis par l'Assistance Publique recevant de celle-ci ordres et directives techniques, fournis si l'on peut dire, par elle, dans sa propre prestation, n'engagent pas par leur fait la responsabilité du chef de service, mais celle de l'administration (206).

Par contre, le chirurgien sera évidemment responsable du fait de l'infirmière qu'il emploie à son propre cabinet, qu'il paie et qu'il dirige.

(204) Bordeaux, 6 fév. 1900 : Claveille c/Hospices de Bordeaux, docteurs Piéchaud et Jacob, D. 1900. 2. 470.

(205) Trib. Civ. Seine, 16 mai 1935 ; cons. Chavonin c/Administration de l'A. P., Dr L... et Laboratoires Thoraude, D. 1936. 2. 9, note Desbois, confirmé par Paris, 11 mai 1937, G. P., 4 oct. 1937. — Hay : *De la Responsabilité civile des Médecins*, thèse médecine, Paris, 1925. — Forgue : *La Responsabilité du Chirurgien*, p. 21, Montpellier, 1909. — Rallier : *De la Responsabilité chirurgicale et opératoire*, thèse droit, Paris, 1913. Les internes, comme les médecins ou chirurgiens des hôpitaux eux-mêmes, ne sont pas, en effet, considérés comme étant les préposés de l'A. P. car ils sont simplement choisis au concours et qu'elle n'exerce sur eux, en ce qui concerne la pratique de leur art, aucune autorité, contrôle ou surveillance d'ordre technique, Paris, 18 nov. 1933 : Dr Blondin c/Dlle N..., G. Trib., 14 déc. 1933. — Paris, 18 mars 1938, G. P., 2 juin 1938 : époux Gabel c/A. P. docteurs Langlet et Ballot.

(206) Trib. Civ. Seine, 14 mars 1933 : dame Naudin c/A. P., G. Trib., 4 et 5 août 1933.



## CHAPITRE II

### LE SECRET

#### SECTION I

##### CONTENU DU SECRET MÉDICAL

60. *Le secret professionnel.* — A côté de l'obligation pour le chirurgien de fournir des soins éclairés et consciencieux, une autre s'impose à lui et trouve son fondement, non pas dans un texte de la loi civile, mais dans l'art. 378 du Code Pénal qui est ainsi conçu : « Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de 100 fr. à 500 francs ».

Pour toutes les professions, dont l'activité implique la confiance la plus grande du client en celui entre les mains de qui il s'est remis, ce texte prévoit donc l'obligation du *secret*. Quelles vont en être les modalités pour le chirurgien ?

61. *Révélations et constatations.* — Qu'est-ce qu'un secret qu'on confie ? C'est évidemment la révélation que vient faire un malade à son médecin en lui demandant de la tenir secrète. Mais il n'arrivera pas très souvent qu'une telle éventualité se présente et que ce soit expressément que le client réclame le secret à l'homme de l'art. Il faut bien plutôt tenir pour sous-entendue cette exigence du secret lorsque le malade se livre aux investigations médicales.

Le médecin est un confident nécessaire. Pour se faire soigner utilement le malade est dans la nécessité de révéler au médecin les détails les plus personnels et de le laisser pratiquer l'examen le plus minutieux qui fera peut-être constater un état de fait inconnu du patient lui-même, et impossible à livrer à la publicité sans de considérables inconvénients. Le malade, qui cherche à

utiliser au maximum les services du praticien, doit donc pouvoir compter en toute sécurité que tout ce que découvrira celui-ci à son sujet restera ignoré des tiers. Il doit pouvoir avoir la confiance la plus entière en celui entre les mains duquel il se remet. Il permettra les recherches les plus intimes parce qu'il comptera bien qu'il n'en découlera pour lui aucun préjudice. Une telle exigence est si normale qu'elle n'a pas besoin d'être expressément formulée. Le malade qui entre dans le cabinet du médecin est donc censé exiger le secret pour tout ce qu'il dit et pour tout ce qu'il demande au praticien de constater. Le secret se présume donc toujours. Il découle de cette confiance que doit inspirer l'exercice de certaines professions (1) et qui concourt à leur imprimer une nature juridique particulière.

La jurisprudence avait tout d'abord limité l'exigence du secret aux révélations expressément confidentielles. Elle est maintenant arrivée à la conclusion logique que nous venons de formuler. Doit être gardé secret, pour elle, tout fait qui n'a pu être connu du médecin qu'à raison de soins donnés par lui à son client (2).

Toutefois, la jurisprudence n'a pas poussé jusqu'au bout le raisonnement. Elle imprime bien le sceau du secret à toutes les constatations d'états déficients. Mais elle admet que le médecin puisse révéler qu'il n'a rien constaté d'anormal sur son client. Elle soutient qu'il n'y a là la révélation d'aucune maladie et que l'absence de troubles pathologiques n'est pas un fait secret de sa nature dont la révélation entraîne un préjudice pour le client (3).

Une telle conception a rencontré, à juste titre, la critique des arrêtistes et des auteurs (4). L'absence de constatation est tout de même bien elle-même une constatation. Le secret s'impose au médecin non pas au moment seulement où il découvre un état maladif. On sollicite son avis, alors qu'on ignore encore quels

(1) Cass. Crim., 9 mai 1913 : veuve Clabeck c/Verstraete et Pierret, D. 1914. 1. 206.

(2) Cass. Civ., 1<sup>er</sup> mai 1899 : Bousquet c/Cie La Gresham, D. 1899. 1. 585 ; n. Planiol.

(3) Cass. Req., 18 juillet 1904 : Claux c/Clairel et Villeneuve, D. 1905. 1. 43. — Cass. Civ., 29 mars 1927 : Danigo c/Le Gulludec, D. 1927. 1. 185 ; n. L. Mazeaud.

(4) Adrien Peytel : *Le Secret Médical et les certificats d'internement*. Paris-Médical, 7 octobre 1933.

seront les résultats de son examen. C'est donc bien tout ce qu'il aura constaté, de défavorable ou de favorable à l'état de santé de son client, qui doit être recouvert du voile du secret. S'il en était autrement, s'il était admis que le médecin pût, en tout état de cause, délivrer des attestations lorsqu'il aurait constaté l'absence de troubles, si l'homme de l'art pouvait même être contraint d'en déposer en justice, le secret médical risquerait de n'être plus qu'illusoire. Toutes les fois où le médecin refuserait de témoigner, toutes les fois où il refuserait une attestation négative, on en devrait alors inférer que ses constatations étaient pessimistes quant au fait sur lequel il avait été consulté. Le secret deviendrait alors bien transparent.

Le médecin ne doit pas seulement avoir en vue, au moment où il agit, l'intérêt du client qu'il traite, mais l'intérêt de tous ses clients passés, présents et futurs, l'intérêt de l'institution même des confidents nécessaires, à laquelle il participe (5). En apportant un témoignage négatif dans l'intérêt du client en cause, il dessert l'intérêt des autres clients à qui il aurait dû refuser son témoignage et dont il dirait clairement par là même que ses constatations à leur égard étaient malheureusement positives. Cet argument nous paraît à lui seul suffisant pour montrer combien la thèse jurisprudentielle est en opposition foncière avec la notion du secret médical, telle que l'ont élaborée les auteurs et les tribunaux eux-mêmes.

Mais on doit encore signaler qu'elle mène à des conséquences pratiques singulières et qu'elle repose en outre sur une inexactitude.

Singularité des conséquences de cette théorie ? Qu'on en juge par un des deux arrêts que nous venons de citer, celui de la Chambre Civile du 29 Mars 1927. Il s'agissait d'un testament dont on demandait l'annulation pour cause d'aliénation mentale. Et chaque partie de produire des certificats médicaux en faveur de l'une ou de l'autre thèse. La Cour de Cassation, appliquant son idée du secret imposé seulement aux constatations positives, refuse à bon droit de tenir compte des certificats qui affirmaient l'état mental déficient du de cujus, mais admet que la validité du testament puisse être proclamée grâce aux certificats déniant l'existence de troubles mentaux. On en arrive ainsi, en cas de conflit scientifique, à adopter aveuglément l'opinion des hommes

(5) Muteau : *Du Secret Professionnel*, Paris, 1870, p. 45.

de l'art qui attestent un état de santé favorable, à l'encontre de l'opinion contraire. Conséquence absurde et arbitraire, et qui paraît, en outre, singulièrement contraire au principe de non-ingérence des tribunaux dans les discussions « entre docteurs ».

Enfin, prétendre qu'une attestation négative n'entraîne pas de préjudice pour le client, c'est une pétition de principes, bien souvent contredite par les faits. Il est d'abord des cas où le client a, au contraire, intérêt à démontrer son état de santé déficient pour obtenir des réparations civiles. Ce fait se présente tous les jours en matière d'accidents. Et même dans le cas de l'aliénation mentale, le malade souffre un préjudice à voir valider, grâce à une attestation médicale négative en opposition avec l'avis d'autres médecins, une disposition libérale consentie sous l'empire de la folie au mépris de l'intérêt de son patrimoine et de sa dévolution normale.

62. *Constatations en dehors des rapports contractuels.* — La confiance qui s'attache à l'exercice de la médecine et d'où découle l'obligation du secret, n'est accordée par le malade que pour l'exécution du contrat qu'il a passé avec l'homme de l'art. Dans cette exécution secrète, on n'englobe pas les constatations de faits extra-médicaux qui auront été permises au praticien, ni, à moins d'une demande expresse du client, la constatation d'agissements de tiers.

C'est dire que lorsque l'homme de l'art a pu constater des faits qui n'ont aucun rapport avec l'état de santé du malade, il ne les a pas constatés en tant que médecin, en tant que confident nécessaire. Le secret professionnel n'a donc pas à les recouvrir. C'est pourquoi le praticien pourra parfaitement témoigner par exemple de la destruction d'un testament par des héritiers ou d'un détournement de titres par la maîtresse du malade (6). Et le malade, à moins évidemment qu'il n'ait expressément demandé le contraire, n'a aucun intérêt à ce que le secret soit gardé sur les agissements d'un tiers que le médecin serait amené à constater au cours de ses soins, agissements qui pourraient alors être dénoncés à la justice par le médecin (7).

(6) Exemples cités par Brouardel : *La Responsabilité Médicale*. Paris, 1898, pages 61 et suiv.

(7) Trib. Civ. Rennes, 12 juin 1903 : dame Pellerin c/docteurs B... et F..., D. 1905. 2. 321.

Il est ainsi des constatations faites, en dehors de tout rapport contractuel, sur le malade lui-même. Nous voulons parler des expertises de tout genre. Lorsqu'un tribunal commet un médecin-expert, la partie qui doit se soumettre à l'expertise n'a aucun rapport contractuel avec l'expert. Celui-ci n'a contracté aucune obligation à son égard, n'en ayant qu'envers l'autorité judiciaire qui l'a désigné. Et chacun sait bien que l'opération a précisément pour but de rendre publics les résultats de l'examen.

Il faut, selon nous, étendre ce raisonnement même aux expertises privées. On l'admet pour les compagnies d'assurances qui font examiner par leurs médecins les postulants à une police d'assurance-vie, d'assurance-maladie ou d'assurance-accidents. Ces médecins désignés par la Compagnie n'ont pas à observer le secret vis-à-vis d'elle. On doit l'admettre aussi, lorsque tout autre particulier, devant contracter avec un individu, désire avoir des notions précises sur son état de santé et a désigné d'accord avec lui un médecin chargé de l'examiner. Ce médecin pourra révéler le résultat de son examen à la personne qui l'en aura chargé. C'est de cette façon que peut se trouver résolue la délicate question de l'examen pré-nuptial. Le médecin traitant n'a évidemment pas à révéler à l'autre partie l'état de santé déficient de son client. Mais si cette autre partie demande à son propre médecin de procéder à l'examen du fiancé ou de la fiancée, et que celui-ci ou celle-ci y consente, nous ne voyons pas par quelle raison de droit le médecin pourrait se voir empêcher de révéler à celui qui l'a commis, et qui seul a contracté avec lui, les résultats de son examen. Il n'y a plus en l'espèce de confident nécessaire, puisque l'on n'est pas obligé pour les besoins de sa santé de se soumettre à un tel examen. Ainsi se trouveront à la fois satisfaites les exigences du droit, de la morale et de l'hygiène publique.

Enfin, deux exceptions au secret sont imposées par la loi qui, pour lutter contre les épidémies, ordonne au médecin de déclarer certaines maladies contagieuses dont il aura pu constater l'apparition chez ses clients, et qui rend (art. 56 du code civil et 346 du code pénal) l'accoucheur responsable du défaut de déclaration de la naissance à laquelle il a assisté. Mais par contre, il ne faut pas considérer le médecin du bureau de bienfaisance comme délié du secret vis-à-vis de cet organisme. Ayant l'obligation de donner ses soins aux indigents, il a passé avec chacun de ses malades un véritable contrat qui le constitue bien confident nécessaire.

## SECTION II

## CARACTÈRE ABSOLU DU SECRET

63. *Impossibilité de dispenser du secret.* — C'est en raison de l'obligation contractuelle du médecin, que celui-ci doit garder le secret. Mais la forme du contrat médical n'est pas entièrement arrêtée au gré de l'une ou de l'autre partie. Le caractère d'intérêt public, qui s'attache à l'exercice de la profession a ses exigences et impose certaines obligations dont il n'est au pouvoir de personne de modifier les termes ou de dispenser l'autre partie. La loi, souvent, interdit certaines clauses au contractant (par exemple clauses de non-responsabilité pour atteinte à l'intégrité de la personne) et impose, pour certains contrats, un cadre que chacun devra respecter.

Le secret étant, nous l'avons vu, imposé, non pas seulement, dans l'intérêt du client du moment, mais dans celui de toute la clientèle, dans un intérêt public, doit avoir un caractère absolu. Ce caractère d'intérêt public est d'autant mieux souligné que c'est un texte pénal, l'article 318 du Code Pénal, qui est à la base de l'institution du secret. Le malade lui-même n'aura donc pas la faculté de délier le médecin du secret professionnel.

La jurisprudence a toujours fait respecter cette règle (8). D'autres intérêts peuvent être en jeu, différents de ceux du malade qui entend dispenser du secret. Le médecin peut avoir soigné deux personnes à la fois et l'on ne concevrait pas que l'une de celles-ci puisse faire en sorte que soit révélé à la fois son propre secret et le secret de l'autre malade (maladie contagieuse atteignant un mari et une femme, par exemple (9)). Le malade peut ne pas avoir une pleine conscience de la dérogation qu'il demande, car il peut parfaitement arriver qu'il ignore une partie de ce que le médecin a constaté sur lui, tout en s'étant, avec raison, abstenu de le lui révéler complètement. Son consentement risquerait ainsi d'être vicié.

La justice elle-même ne peut pas dispenser l'homme de l'art de l'obligation du secret. Sans doute l'article 80 du code d'ins-

(8) Par exemple et par analogie : Cass. Crim., 11 mai 1844, Chabaudy, cité par Muteau, *op. cit.*, p. 162.

(9) Grenoble, 23 août 1828 : D<sup>r</sup> Fournier (aff. Rémusat) Rep. Dalloz V<sup>o</sup> Témoin N<sup>o</sup> 49.

truction criminelle impose-t-il à toute personne citée en témoignage de satisfaire à la citation et punit-il le refus de témoigner. Mais, bien que certaines juridictions se soient tout d'abord refusé à l'admettre, l'article 378 du Code Pénal, fondement du secret professionnel, est précisément une exception à la règle de l'obligation du témoignage en justice. Il pose une règle générale qui ne prévoit qu'un cas précis de non-application, celui où la loi ordonne la dénonciation. Le médecin cité en justice comme témoin et interrogé sur des faits recouverts du secret professionnel, doit donc refuser de répondre.

64. *Révélations permises.* — Il est cependant certains cas où fléchit la règle rigoureuse du secret, dans l'intérêt même du malade traité. Si celui-ci se trouve placé sous l'autorité d'une autre personne, il peut être nécessaire pour les soins à apporter, que cette personne soit prévenue (10) et quelquefois même mieux informée que le malade. Il y a là une question qui doit être laissée à la conscience du médecin. Il est bien évident que, pour les tout jeunes enfants, le médecin doit informer les parents de ce qu'il a constaté. Mais lorsque l'enfant a plus de 7 ou 8 ans, Brouardel conseille (11) au médecin de tenter que l'enfant rende compte lui-même de son état à ses parents si l'affection constatée peut revêtir un certain caractère secret.

Même pour un majeur, il peut y avoir intérêt à faire connaître à sa famille les causes et la nature de la maladie. Mais il ne faut pas oublier que cette confiance est faite uniquement dans le but de faciliter les soins qui s'imposent et qu'elle ne peut pas être utilisée pour un autre objet. Les lettres du médecin à ce sujet, ne peuvent notamment être produites en justice. (12).

Par contre, il est une pratique, communément admise de nos jours, et qui paraît bien constituer une violation évidente du secret professionnel : celle des bulletins de santé publiés dans la presse pour renseigner le public sur les maladies des hautes

(10) E. H. Perreau : *Eléments de jurisprudence médicale*, Paris, 1909, p. 347.

(11) Brouardel : *La Responsabilité Médicale*, Paris, 1898, p. 61 et suiv., VII.

(12) Cass. Civ., 13 juillet 1897 : dame F... c/son mari, D. 1900. 1. 43.

personnalités. Les auteurs médicaux les plus éminents (13) critiquent à juste titre un tel usage.

La délivrance de certificats médicaux destinés à être soumis à des tiers paraît aussi, à première vue, constituer une violation du secret professionnel. Et, cependant, c'est là une pratique constante, entérinée par d'innombrables décisions de justice qui utilisent pour se motiver des certificats médicaux.

Si l'on analyse, en réalité, le mécanisme du certificat médical et de sa production aux yeux des tiers, on verra qu'il n'y a là rien que de parfaitement régulier et de conforme aux principes du droit. Au malade, le médecin, s'il le juge bon, peut tout dire, et partant tout écrire. Cela peut rentrer dans le cadre de la prestation qu'il a promise (14). Le certificat n'est pas une attestation adressée à des tiers. C'est, demandée par le malade lui-même et adressée à lui seul, la description de son état ou la déclaration des soins donnés. Le médecin a la liberté absolue et sans contrôle de l'accorder ou de la refuser. Personne n'intervient en dehors du médecin et du client, personne n'a à savoir si le certificat a été sollicité, personne n'est au courant du refus qui peut être opposé à la demande d'un certificat dans tel ou tel sens. Mais une fois que le malade est en possession de cette pièce qui lui est destinée, il a, et lui seul, la faculté de la produire aux yeux des tiers. Le médecin n'est pas sorti des limites de son contrat. Il n'a en rien dévoilé son activité aux tiers, ni par action, ni par abstention. C'est le malade seul qui révèle, comme il en a le droit, l'état de sa santé.

Enfin, nous avons vu (cf supra n° 15) que dans un cas très spécial, on avait pu reprocher à un médecin de n'avoir pas révélé un secret. Il s'agissait de l'hypothèse de la nourrice contaminée par un enfant syphilitique (15). C'est évidemment un cas extrême, où il y a conflit entre deux devoirs. Mais nous avons justifié la thèse de l'arrêt, en montrant que le médecin avait à la fois des obligations envers l'enfant et envers la nourrice, qui s'en était remise à sa surveillance et qui devait, entrant dans les liens d'un

(13) Brouardel, *op. cit.* — Le Gendre : *La Vie du Médecin*, Paris, 1931, p. 374. — Boyé et Durand : *Le secret professionnel et la médecine de demain*, Paris 1931, p. 66.

(14) Rouen, 8 nov. 1932 : D<sup>r</sup> Nussbaum c/époux Perrault ; G. Trib., 1922. 2. 649.

(15) Dijon, 14 mai 1868 : Protat c/D<sup>r</sup> B..., S. 1869. 2. 12.

contrat médical, avoir toute confiance dans le praticien. Le médecin, dès lors, en présence de deux intérêts, qui s'imposent contradictoirement à lui, doit évidemment choisir l'intérêt le plus élevé. Et il est plus utile à la nourrice de n'être pas contaminée qu'au nourrisson de ne voir pas révélé à quelqu'un la tare dont il est atteint. Le médecin peut d'ailleurs conseiller de façon pressante à la nourrice l'abandon de sa place, sans lui donner aucun détail. Il respectera ainsi son obligation du secret vis-à-vis de l'enfant, tout en restant digne de la confiance mise en lui par la nourrice.

65. *Impossibilité de révélations faites dans l'intérêt du médecin.* — La médecine est un état des plus élevés où souvent l'homme de l'art considère comme son devoir de sacrifier ses intérêts à ceux des patients ou de la science. Nous l'avons vu notamment lorsque nous avons rappelé la maxime de Hafeland « pour sauver le client, risque tout, même ta réputation », et celle de Lacasagne, qui n'autorisait le médecin à expérimenter que sur lui-même. La règle du secret est un de ces principes si absolus que devant elle, aussi, les intérêts personnels du médecin doivent céder.

Le médecin devra plutôt abandonner le recouvrement de sa créance d'honoraires, si pour la faire valoir il lui fallait divulguer ce qui doit être recouvert par le secret médical (16).

Il ne devra pas non plus participer à des polémiques publiques sur la nature de la maladie d'un client de qualité, pour justifier le traitement appliqué, même s'il était l'objet d'attaques dangereuses pour sa réputation (17). Et même s'il est traduit en justice, même s'il est l'objet d'une inculpation, il ne doit pas pour sa défense, se départir du silence que lui impose la loi. Cette règle rigoureuse aura, par contre, pour corollaire, l'obligation pour les magistrats, devant qui comparaitra un praticien observant aussi héroïquement son devoir, d'observer la plus prudente des réserves (18).

(16) Muteau : *Du Secret Professionnel*, Paris, 1870, pages 196 et suiv. — Brouardel : *L'exercice de la médecine et le charlatanisme*, Paris, 1898, p. 432.

(17) Cass. Crim., 19 décembre 1885 : D<sup>r</sup> Watelet (aff. Bastien-Lepage), D. 1886. 1. 347.

(18) Trib. Corr. Amiens, 12 mars 1902 : L... c/D<sup>r</sup> P... Pand. Franc., 1904. 2. 159.

Rien ne peut excuser la violation du secret professionnel qui constitue toujours une faute, sans qu'il soit besoin d'établir, à l'encontre du révélateur, l'intention de nuire. Par cela seul que le secret est dévoilé, le délit est considéré comme consommé. C'est la garantie suprême apportée par la loi pénale à la confiance que le public doit avoir dans la discrétion du corps médical.

## TROISIEME PARTIE

### *L'obligation du client*



## TROISIEME PARTIE

### L'OBLIGATION DU CLIENT

66. — L'exercice de toute profession libérale implique un échange de prestations entre l'homme de l'art, d'une part, et l'usager ou ses représentants (collectivités publiques ou privées) de l'autre. C'est donc un contrat synallagmatique qui se noue. Mais les obligations de l'une et de l'autre partie n'y ont pas ce caractère de simplicité, d'unité, qu'elles comportent dans les rapports d'affaires où l'un vend une marchandise que l'autre paye.

Nous avons vu que, non seulement, le médecin contractait une obligation très complexe de soins, mais qu'en raison du caractère confidentiel de sa profession, il lui était imposé une obligation spéciale de secret.

Le client, de son côté, contracte principalement une obligation de *rémunération*, de l'exécution de laquelle il arrive quelquefois d'ailleurs qu'il soit dispensé. Mais, comme il ne s'agit pas ici de conflits d'intérêts, de lutte économique, de gens qui cherchent à s'assurer un avantage sur leurs cocontractants, comme il s'agit, au contraire, d'unir des efforts vers le même but, la guérison, le client a un devoir de *coopération* vis-à-vis du médecin. Les égards que l'on doit à une profession qui comporte tant de science, de noblesse et d'esprit de sacrifice, le préjudice que le dénigrement malveillant peut causer au médecin, impliquent enfin pour le client une obligation qui est, d'ailleurs, de droit commun, mais qu'il faut ici souligner : celle qui consiste à éviter l'abus du droit de citer et à observer, autant que possible, la *modération et la mesure dans les réclamations en justice*.



## CHAPITRE PREMIER

### COOPÉRATION DU CLIENT AUX SOINS MÉDICAUX

67. *Renseignements.* — C'est dans l'intérêt du malade, et sur son corps, que va s'exercer l'activité du chirurgien. Avant de pratiquer l'opération, celui-ci doit procéder à un travail d'investigation. Il peut se rendre compte par lui-même de la configuration apparente de la région atteinte, mais deux sortes de renseignements échappent à son examen personnel : les répercussions sensorielles du mal qui ne se manifestent que subjectivement et que, seul, le malade, est à même de dépister, et les antécédents médicaux du patient, qui sont souvent essentiels dans le problème du diagnostic.

Si le patient ne met pas le chirurgien en mesure de recueillir ces renseignements, l'homme de l'art ne peut remplir son rôle de façon satisfaisante, et l'exécution du contrat n'est plus possible. Il faut donc poser comme une obligation du client celle de renseigner exactement le médecin sur la nature de sa souffrance, et sur ses affections antérieures pouvant avoir un rapport avec le mal actuel. Un arrêt de la Cour de Paris (1) nous paraît avoir parfaitement posé et appliqué ce principe, en déboulant de sa demande en dommages-intérêts une femme qui s'était bornée à se plaindre à son médecin d'avoir des difficultés à avaler, incriminant une opération dentaire, antérieure de peu, sans signaler qu'elle était depuis de nombreuses années atteinte d'une syphilis qu'elle n'avait pû, ou en tous cas, n'aurait pas dû ignorer et que le médecin n'avait pas eu la possibilité, malgré ses efforts, de dépister par ses propres moyens. Le fait par cette cliente d'avoir, même involontairement, insuffisamment renseigné le médecin sur son passé sanitaire, constitue donc bien ainsi, une faute contractuelle, une inexécution de ses obligations.

(1) Paris, 15 octobre 1927 : B., c/D<sup>e</sup> C... « La Semaine Juridique », 1927. 1401.

Et l'on ne peut considérer comme contraire à cette opinion, un arrêt de la Cour de Rouen (2) qui a condamné un médecin ayant tenté une hystérectomie, sur les affirmations de sa cliente, qu'elle n'était pas enceinte. La Cour a, effet, estimé que le diagnostic du chirurgien avait été posé à la légère, n'ayant pas été accompagné des procédés d'investigation en usage.

Une telle décision, confrontée avec celle précédemment citée, marque bien, en effet, la limite des deux obligations, celle du médecin et celle du client. Le médecin doit remplir son obligation de surveillance (3) et d'examen consciencieux, dont rien ne peut le dispenser. Mais le client doit déclarer, s'il en a connaissance, ou même simplement s'il a les moyens d'en avoir connaissance, l'existence de ce qui, en tout état de cause, ne peut être décelé par la surveillance et l'examen consciencieux du médecin, ou de tout ce qui pourrait, en cas de doute, dissiper les hésitations.

68. *Obéissance aux prescriptions.* — La prestation du médecin ne se limite pas à un geste. Elle s'étale sur une certaine période temps, aussi longtemps que dure le traitement dont l'homme de l'art a la responsabilité. Pour que ce traitement puisse produire son effet, pour que l'opération chirurgicale ne voie pas ses résultats compromis, il faut que tous les conseils du praticien soient écoutés et suivis en bloc. Si le malade y manque, il compromet la réussite recherchée et entrave le déroulement du contrat auquel le médecin et lui-même se sont prêtés. On peut donc dire, qu'empêchant ainsi le jeu du contrat, il manque à ses devoirs vis-à-vis du médecin, et que l'obéissance aux prescriptions est bien une obligation contractuelle.

M. Georgel (4) distingue entre le malade soigné à son domicile, qui ne contracterait aucun engagement de cette sorte, et celui, soigné dans la clinique du médecin, qui aurait, lui, assumé cette obligation et qui pourrait, à titre de sanction de son manquement, être renvoyé de l'établissement.

(2) Rouen, 21 avril 1923 : Petit c/D<sup>r</sup> Vallet ; G. P., 1923. 2. 247. S. 1924. 2. 17, n. Perreau.

(3) Rennes, 3 mars 1930 : Dlle Bourcier c/D<sup>r</sup> X... Rec. Rennes, 1930. 61.

(4) L. Georgel : *Etude juridique des Cliniques Médicales privées, non gratuites*, thèse dr. Rennes, 1925, pages 31 et 33.

Cette distinction ne nous paraît pas fondée. La nature du contrat est la même, en effet, dans les deux cas. Le processus de l'infraction est le suivant : le malade demande des soins, le médecin les donne, puis le malade s'y dérobe. On voit que, dans n'importe quel cas, l'exécution du contrat est ainsi interrompue. Et nous avons vu plus haut (cf supra, N° 14), que le médecin est alors fondé à se juger relevé de ses obligations, à invoquer l'*exceptio non adimpleti contractus* et à cesser ses soins. C'est là la sanction de cette obligation qu'assume le client.



## CHAPITRE II

### LES HONORAIRES

#### SECTION I

##### DROIT AUX HONORAIRES

69. — Le contrat d'opération chirurgicale comportant principalement pour le médecin une prestation de services, il est normal que la contrepartie principale en soit constituée par la rémunération de ces soins, par les honoraires. C'est un droit absolu à l'exercice duquel la loi n'apporte aucune dérogation et dont le principe doit être reconnu, même en l'absence de toute stipulation à son sujet, antérieurement à l'exécution du contrat (1). A partir du moment où le malade, ou son représentant, fait appel au médecin, il s'oblige à payer des honoraires, sauf seulement si le contraire est prévu de façon non équivoque.

Il faut, bien entendu, comprendre cet appel dans le sens le plus large. Lorsque le praticien intervient sur la suggestion d'une autre personne que le client, mais d'accord avec celui-ci, lorsqu'il est appelé en consultation, par exemple, ou, lorsque pour pratiquer une opération, son assistance a été sollicitée par le médecin habituel, l'obligation pour le client de payer les honoraires du consultant ainsi appelé, existe bel et bien (2).

Ce principe du droit à l'honoraire est absolu, et, lorsqu'en pratique, on constate que, parfois, il n'est pas appliqué en certaines circonstances déterminées, il ne faut pas voir là une

(1) Cass. Civ., 27 janvier 1858 : Dr Andrieux c/Ville de Bar-le-Duc, D. 1858. 1. 66.

(2) Trib. Civ. Seine, 9 juin 1894 : G... c/docteurs Hays et Rochet ; G. Trib., 15 août 1894.

dérogation à la règle, mais un abandon volontaire de la rémunération. C'est ainsi qu'il a été jugé que l'usage général consistant, pour un médecin soignant un confrère, à ne pas réclamer d'honoraires, devait être interprété comme une remise volontaire de dette, qui n'enlève pas au contrat son caractère onéreux (3). De même, nous semble-t-il, peut-on interpréter la gratuité des soins donnés aux indigents dans les hôpitaux, à moins qu'on ne considère, ce qui nous paraît encore préférable, que les malades sont représentés par l'administration, laquelle rémunère l'homme de l'art dans une certaine mesure (traitement, et valeur morale qui s'attache à l'emploi) (cf. infra N° 105).

Il est évident par contre que, si le médecin n'exécute pas son obligation de soins consciencieux, le client est relevé de son obligation de verser des honoraires en invoquant à son tour l'*exceptio non adimpleti contractus* (4).

Toutefois, il a été jugé (5) qu'un chirurgien avait droit à ses honoraires parce qu'il avait correctement et heureusement conduit l'opération convenue, bien qu'il ait été déclaré responsable de brûlures survenues postérieurement à l'opération par suite d'une application imprudente au patient de bouillottes trop chaudes et condamné de ce chef à des dommages-intérêts. Le droit aux honoraires n'est pas supprimé, les honoraires se compenseront simplement jusqu'à due concurrence avec les dommages-intérêts dus par le praticien, qui, au surplus, ne saurait rien réclamer pour les visites et les soins qu'il a rendus pour soulager le patient des brûlures dues à ses propres fautes professionnelles.

## SECTION II

### PERSONNES OBLIGÉES AU PAYEMENT

70. *Malade*. — Après avoir posé le principe du droit du médecin à l'honoraire, il faut rechercher comment ce droit,

(3) Besançon, 20 mars 1933 : Dr A... c/Dr R..., Dh. 1933. 292 et sur pourvoi Cass. Civ., 18 janvier 1938 ; G. P., 15 fév. 1938.

(4) Trib. Paix Paris (15<sup>e</sup>), 28 janvier 1904 : Dr H... c/époux Jabin, D. 1904. 2. 400.

(5) Paris, 4 juillet 1932, Dh. 1933. 2. 113, n. Lalou : Cons. de C... c/Dr P... et autres.

pratiquement, s'exercera. Bien entendu la première personne à qui pourra s'adresser le chirurgien pour obtenir le payement sera le patient lui-même, dont le patrimoine doit répondre des soins donnés dans son intérêt. Cette obligation au payement existe, même lorsque ce n'est pas le malade lui-même qui a pris l'initiative de solliciter l'intervention médicale, lorsque le médecin a, par exemple, été appelé par des membres de la famille, et que le patient n'a pas refusé la visite ni le traitement (6), et même si le malade est une femme mariée sous le régime de la communauté (7), pourvu que dans tous ces cas, on puisse considérer le contrat comme valablement formé.

Ainsi, toujours, et c'est normal, le médecin pourra d'abord se retourner contre son client, pour le règlement de ses honoraires. Mais il n'y trouvera pas toujours son intérêt, pour des raisons de solvabilité notamment. N'y aurait-il pas alors, dans certains cas, à côté du malade, certaines personnes tenues vis-à-vis du médecin du payement des honoraires, quitte à parfois pouvoir se retourner théoriquement elles-mêmes ensuite contre le patient ?

71. *Epoux du malade.* — Le type même de la situation où le médecin pourra trouver pour sa créance plusieurs répondants, c'est la famille. En effet, « les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance » (art. 212 c. civ.), et ils « contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants » (art. 203 c. civ.). Ainsi, dans cette cellule sociale qu'est la famille, c'est indifféremment à l'un ou l'autre époux, selon le degré de solvabilité de chacun d'eux, que pourra s'adresser le médecin afin d'obtenir la rémunération des soins donnés, soit aux conjoints, soit à leurs enfants (8). Il s'agit des frais du ménage, et aucune difficulté ne peut raisonnablement s'élever, que les époux soient mariés sous le régime de la communauté ou même sous celui de la séparation de biens, les obligations découlant du mariage

(6) Paris, 3 mai 1934 : D<sup>r</sup> S... c/V..., Dh. 1934. 418.

(7) Trib. Civ. Bordeaux, 19 janvier 1903 : D<sup>r</sup> M... c/époux G..., G. Trib., 18 mars 1903. — Trib. Civ. Seine, 6 juillet 1885 : D<sup>r</sup> B... c/dame G... et syndic faillite G..., G. Pal. 1886. 1., suppl. 12.

(8) Dubrac : *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1893. 274. — Trib. Civ. Seine, 6 juillet 1885 : D<sup>r</sup> B... c/dame G... et syndic faillite G..., G. Pal. 1886. 1. suppl. 12.

et rappelées ci-dessus s'imposant quelque soit le régime matrimonial adopté (9).

En sera-t-il de même si les époux sont séparés de fait ? On l'a discuté, surtout lorsque le mari n'avait pas été avisé du traitement et que c'était la femme, ayant reçu les soins, qui avait abandonné le domicile conjugal. Celà, soutenait-on, supprimait pour le mari l'obligation de fournir à la femme des moyens d'existence (10).

Ce principe ne nous paraît pas admissible. Il ne s'agit pas ici d'une question d'obligation, mais d'une question de contribution. Le médecin, qui a le droit de se faire payer, n'a pas à rechercher auquel des époux incombent les torts de la séparation. Il est fondé à supposer que le mari n'est en rien relevé de son devoir d'assistance. C'est à celui-ci à se retourner éventuellement contre sa femme, si elle a un patrimoine suffisant, pour obtenir finalement le remboursement des frais exposés. La séparation de fait ne relève pas les époux de leur obligation alimentaire. Le plus grand nombre des décisions se prononce en faveur de la possibilité pour le médecin de s'adresser en cas de séparation, au conjoint le plus solvable.

Mais en s'appuyant sur quelle notion ? On est tenté de prime abord, d'expliquer une pareille solution par l'idée du mandat tacite de la femme mariée. Mais on a remarqué que ce mandat a pour but de permettre à la femme d'acquérir les fournitures nécessaires au ménage et qu'il était impossible d'assimiler à une vulgaire fourniture de ménage, la prestation de soins médicaux. L'on a admis, alors, que le chirurgien se substituait au mari dans l'obligation d'assistance vis-à-vis de la femme, dans le cas où, sans l'assentiment du mari, ou sans que le mari eût offert une possibilité moins onéreuse, il procédait à une opération indispensable. (11)

Il nous paraît, en tous cas, impossible d'avoir recours à cette notion du mandat tacite, parce que ce n'est pas le mari seulement qui peut être tenu de subvenir aux frais opératoires :

(9) Bordeaux, 29 juillet 1912 : d'Ezpeleta c/Dr Faure, S. 1913. 2. 309.

(10) Trib. Civ. Seine, 14 déc. 1923 : Dr S... c/P... et dame P... ; G. Trib., 9 novembre 1924.

(11) Trib. Paix Toulouse, 26 oct. 1932 : Dr Dieulafé c/Penic, D. 1933. 2. 107, n. Nast. — Dijon, 21 juin 1932 : Henimann c/Dr Feuillade et dame Hénimann, S. 1932. 2. 209.

nécessités par l'état de santé de la femme, et que la situation inverse pourrait parfaitement se présenter. La substitution au mari du chirurgien, exerçant l'*actio negotiorum gestor*, nous paraît d'autre part, être une complication inutile.

En effet, la solution la plus simple nous semble être celle adoptée par le Tribunal de la Seine (12), condamnant le mari, en arguant seulement de son devoir d'assistance, qui l'oblige à supporter les frais d'une dépense engagée, non par le chirurgien, mais par sa femme elle-même, dans l'intérêt de sa santé, pour des raisons graves et urgentes. Le mari, en vertu de son obligation de secours, est tenu directement d'assumer les frais nécessités par l'opération. C'est pourquoi il doit être condamné à payer le chirurgien. Il n'y a nul besoin, dès lors, d'utiliser une fiction juridique quelconque, en faisant intervenir le chirurgien pour lui faire remplir un inutile rôle de représentation.

72. *Parents du malade.* — Pour les mêmes raisons, les autres membres de la famille du malade, tenus vis-à-vis de lui de l'obligation alimentaire, sont aussi responsables, vis-à-vis du médecin, du règlement des honoraires.

Il en est ainsi notamment pour le père et la mère du malade, lorsqu'ils font appeler l'homme de l'art (13) ou lorsqu'ils accompagnent leur enfant chez le praticien (14), ou lorsqu'ils laissent le médecin traitant requérir un chirurgien pour une opération indispensable (15).

Il en est de même pour tous les autres membres de la famille du malade, tenus vis-à-vis de lui d'une obligation alimentaire (petits enfants par exemple) (16).

Mais, même en l'absence de toute réquisition ou ratification de la part des parents, leur obligation alimentaire leur fait un

(12) Trib. Civ. Seine, 11 juillet 1922 : Dr Bonneau c/Truffaut ; *G. Trib.*, 1923. 2. 74, D. 24. 2. 105, n. Nast.

(13) Paris, 15 mars 1905 : Dr Reynier c/Bonnet et Bontenjeun, *D.* 1907. 2. 357. — Trib. Civ. Chartres, 17. 2. 37 : Dr Constant c/Noury ; *G. P.*, 19 avril 1937.

(14) Trib. Paix Reims, 23 nov. 1895 : Dr Colaneri c/époux Duchassin ; *G. Pal.*, 1896. 1. 169.

(15) Trib. Civ. Seine, 31 déc. 1928 : docteurs Lauret et Damas c/époux Roy de Jonchères. « *Semaine Juridique* », 1929. 1. 250.

(16) Trib. Paix Versailles, 3 nov. 1932 : Dr Huet c/époux Nugon ; cité par Mme Lacheret-Villate dans « *Revue Médico-sociale* », 1933. 149.

devoir de rémunérer, d'une façon qui soit en rapport avec leur situation, le praticien qui a donné des soins à leur enfant, majeur et dans le besoin, quelle que puisse être par ailleurs leur attitude à l'égard de la succession dudit enfant, s'il décède (17).

73. *Intermédiaires entre le client et le praticien.* — Si le médecin est appelé auprès d'un patient par un tiers qui n'est pas lié par une obligation alimentaire, cette initiative oblige-t-elle l'intermédiaire au paiement des honoraires ? Pas par elle seule. Le seul fait d'intervenir dans une intention humanitaire n'implique pas, de la part de son auteur, un tel engagement, qui devrait être explicite pour qu'on puisse en demander l'exécution. Si les circonstances de fait ne font donc rien apparaître de tel, le médecin ne pourra se retourner contre l'intermédiaire (18). Il n'y a aucune raison de droit pour que l'engagement se présume.

Mais si, au contraire, les juges du fait relèvent, dans leur souveraine appréciation, de la part de l'intermédiaire, un engagement formel d'assurer la rémunération du praticien, celui-ci peut poursuivre le recouvrement de ses honoraires à l'encontre de ce tiers (19).

74. *Patrons des gens de service.* — Pour une catégorie spéciale de malades, en raison de leur situation sociale, l'usage a voulu que certains tiers soient obligés de supporter la charge de la rémunération des soins médicaux. Il s'agissait des gens de service, ou domestiques, logés chez leurs employeurs (20). Cet usage reposait évidemment à la fois sur une notion de la famille rappelant celle de la *gens* romaine, et sur le fait que le maître a un intérêt propre à la guérison du malade.

(17) Trib. Civ. Seine, 6 juin 1890 : docteurs Le Roy des Barres et Badoire c/Langlier ; « Le Droit », 7 sept. 1890. — Trib. Civ. Toulouse, 2 juin 1904 : docteurs Bouchage et Remond c/Coupette et époux Coloniès ; G. Trib., 25 sept. 1904.

(18) Cass. Req., 4 déc. 1929 : Dr Latouche c/Riou et autres ; Dh 1930. 3.

(19) Cass. Req., 4 déc. 1872 : Fabre c/Dr Duprat ; « Journal du Palais », 1872. 1139. — Trib. Paix Lyon, 12 août 1904 : Dr M... c/C... et B..., Mon. Jud., Lyon, 20 sept. 1904.

(20) Cass. Civ., 13 avril 1910 : Dhondt c/Dr Mulette, D. 1911. 1. 14. — Lyon, 15 nov. 1898 : Dr Faucherand c/Boutin, D. 1899. 2. 371. — Trib. Paix Lyon, 15 nov. 1898 : Dr Faucherand c/Boutin, D. 1899. 2. 371. — Trib. Paix Saumur, 3 déc. 1909 : Dr Petit c/veuve B... Concours médical, 1910. 803.

Toutefois, une telle jurisprudence ne présente plus, en grande partie, qu'un intérêt historique en raison de la législation actuelle sur les Assurances Sociales. Elle garderait cependant son utilité dans le cas où la rémunération due au médecin pourrait dépasser la fourniture allouée par l'Administration (si le domestique n'était pas immatriculé, en tout état de cause, le patron serait responsable des frais occasionnés du fait de la non-immatriculation).

### SECTION III

#### PREUVE DE LA CRÉANCE DU CHIRURGIEN

75. *Impossibilité de préconstituer une preuve écrite.* — Le caractère très particulier qui s'attache aux relations juridiques entre médecins et clients, comporte une conséquence pratique notable, lorsque l'homme de l'art, réclamant en justice le payement de ses honoraires, doit établir la réalité de sa créance.

Le droit commun imposerait, au médecin réclamant une somme supérieure à 500 francs, la charge d'établir sa créance par un acte écrit. Tout au moins, ne l'autoriserait-il à l'établir par témoins ou présomptions que s'il y avait un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire un « acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué » (art. 1347, c. Civ.).

Mais l'article 1348 du Code civil, vient permettre de faire exception à cette règle, exception qui prend toute sa valeur dans l'obligation qui nous occupe, « toutes les fois, énonce-t-il, qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littéraire de l'obligation qui a été contractée envers lui ».

Quand rencontre-t-on cette impossibilité ? La jurisprudence répond, de façon très large, en admettant que l'impossibilité de préconstituer une preuve écrite puisse n'être qu'une impossibilité morale, imposée par les convenances (21), et résulter d'un usage bien établi (22). Or, l'usage ne veut pas, en France, que le médecin fasse signer, par son client, une reconnaissance

(21) Cass. Req., 1<sup>er</sup> mai 1911 : Clément c/Ray, D. 1913.1.448.

(22) Cass. Req., 25 juin 1877 : Albert c/Thomassin, D. 1878. 1. 27.

de dette, ni inversement, que le client se fasse délivrer une quittance. Les relations de confiance, qui se nouent, constituent bien l'impossibilité morale dont parle la jurisprudence, et qui s'oppose à ce que soit exigé du malade ou de ses représentants, avant toute assistance, l'engagement écrit de payer les honoraires. Ainsi le veulent, on le saisit facilement, la nécessité et l'intérêt des malades, en même temps que le respect et la dignité du médecin. Celui-ci peut donc toujours invoquer la disposition de l'article 1348 (23).

76. *Modes de preuve admis.* — Le médecin qui se trouve ainsi dans l'impossibilité de fournir une preuve écrite ou un commencement de preuve par écrit, peut utiliser soit, la preuve testimoniale, soit, la preuve par présomptions. C'est de beaucoup cette dernière qui est d'un usage plus fréquent. Aux termes de l'article 1353 C. Civ., lorsque les magistrats ont la faculté d'y recourir, ils sont à cet égard investis d'une entière liberté d'appréciation, et sont invités simplement à n'admettre, dans leur prudence, que des présomptions graves, précises et concordantes. Il faut rappeler l'article 1349 c. Civ., qui définit la présomption en ces termes : « Conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». Le fait connu est celui qui, par lui-même, n'apporte pas une preuve suffisante, et le fait inconnu est celui que l'on veut prouver. La présomption est alors le raisonnement qui, par faveur, permet, malgré l'insuffisance du « fait connu », de considérer celui-ci comme apportant la démonstration voulue.

Le fait connu, sur lequel, pour raisonner par présomption, et justifier la créance du médecin, les Tribunaux s'appuient le plus volontiers, c'est le carnet de visite du médecin et ses livres de consultations (24).

(23) Cass. Req., 27 mars 1907 : D<sup>r</sup> Reynier c/Bonnet et Bontenjeun. D. 1909. 1. 188, S. 1907. 1. 209, n. Lyon-Caen. — Bordeaux, 29 juillet 1912 : d'Ezpeleta c/D<sup>r</sup> Faure, S. 1913. 2. 309. — C. de Cass. du Grand Liban, 28 mai 1962 : X... c/D<sup>r</sup> B..., S. 1928. 4. 8. — Cass. Civ., 13 avril 1910 : Dhondt c/D<sup>r</sup> Mulotte, D. 1911. 1. 14.

(24) Trib. Civ. Seine, 13 mai 1898 : D<sup>r</sup> de Feuardent c/Mlle Uglade; G. Trib., 26 mai 1898. — Trib. Civ. Seine, 15 février 1911 : D<sup>r</sup> B... c/S... ; G. Trib. 1911. 2. 2. 141.

De cette possibilité pour les médecins d'établir leur créance par la production de leurs livres, M. André Graven (25), déduit très justement que les praticiens devront prendre garde à ne pas violer ainsi le secret professionnel. Il sera donc prudent pour eux de tenir, au besoin, deux sortes de carnets : ceux, complets, relatant les visites, leur objet, les soins prescrits, et ceux, purement comptables, n'indiquant, au jour le jour, que le fait matériel de la visite, et, éventuellement, le prix convenu.

Ce mode de preuve ne constitue pas le moins du monde l'extension, à la pratique médicale, de la théorie des livres de commerce pouvant faire foi des droits et obligations du commerçant (26). Cette théorie n'est en effet applicable qu'entre commerçants. Elle ne l'est pas dans un différend opposant un fournisseur commerçant à un client non commerçant. Elle s'explique par le caractère formaliste imposé à la comptabilité commerciale et par la possibilité de la réciprocité du procédé.

La preuve par les carnets du médecin repose sur un tout autre fondement : la confiance qui doit présider aux rapports résultant de l'exercice des professions libérales. C'est cette confiance qui constitue l'impossibilité prévue par l'art. 1348. C'est elle qui laisse supposer la sincérité des inscriptions du carnet.

Elle permet d'ailleurs de ne pas se limiter à utiliser comme présomptions les livres eux-mêmes du médecin, mais de se servir de tous documents quelconques d'un caractère probant (correspondances, états détaillés dressés après coup, etc.) (27). On a pu dire en effet, qu'au fond, la confiance est telle qu'en ne payant pas comptant le client doit être présumé s'en rapporter aux notes du médecin pour constater le nombre des visites (28).

En ce qui concerne plus spécialement la preuve du prix auquel devaient être fixés les honoraires du médecin, on a pu,

(25) André Graven : *Les médecins et le droit civil*, thèse droit Grenoble 1925, 2<sup>e</sup> partie, ch. 1, section 2.

(26) James Gillot : *Les honoraires du médecin*, thèse droit Paris 1914, p. 88.

(27) Paris, 5 mai 1903 : Dr Audigé c/Musée Social, D. 1903. 2. 319. Bordeaux, 16 février 1900 : Delage c/Jullien, D. 1901. 2. 20.

(28) Bordeaux, 16 février 1909, précité. — Trib. Civ. Seine, 8 décembre 1884 : Dr R... c/B... « La Loi », 25 mars 1985.

à juste titre, juger (29) que les règlements antérieurs permettaient d'apprécier le prix auquel les parties avaient pu implicitement convenir d'évaluer les soins du praticien. Lorsqu'on a déjà payé un médecin et qu'on a ensuite, de nouveau, recours à lui, on est censé accepter par avance de le payer, suivant le barème déjà appliqué. *A contrario*, d'ailleurs, si le médecin, qui a déjà soigné un client, a l'intention de fixer à l'avenir ses honoraires à un taux plus élevé, il doit prévenir le malade (30), afin de régulariser ainsi les conventions sur une base nouvelle, ou au contraire, de permettre au client de changer de médecin. A défaut de cet avertissement, le client serait fondé à soutenir que les conditions antérieures sont restées en vigueur.

Toutefois, la confiance attachée à la parole du médecin, ne dispense pas celui-ci de justifier ses prétentions par les procédés de faveur dont il vient d'être question ni de détailler les divers postes de sa créance. Une réclamation globale, sans production de carnet de visites, sans indications du nombre des visites, consultations, ou déplacements, a ainsi pu, à bon droit, être rejetée, d'autant plus équitablement que le fait de ne pas tenir note des visites, pouvait, les circonstances de l'espèce aidant, laisser supposer, ou que le médecin n'avait à l'origine pas l'intention de réclamer d'honoraires, ou qu'il était payé comptant et n'avait donc pas besoin de se ménager un moyen de preuve (31).

Enfin, bien entendu, la preuve par témoins pourra aussi être utilisée. Elle le sera plutôt par le client, car, pour le médecin, la preuve par ses carnets est plus facile. C'est ainsi que les clients peuvent être amenés à prouver que le médecin s'est engagé à ne réclamer d'honoraires qu'à une tierce personne et non pas au patient lui-même (32), ou à n'en réclamer qu'au cas de guérison (33).

(29) Paris, 5 mai 1903, précité.

(30) Trib. Civ. Seine, 21 août 1884 : Dr Naulin c/Laborde, D. 1912. 2. 92, note A. Voir toutefois en sens contraire Limoges, 8 juillet 1910 : Dr Janicot c/Micon, D. 1912. 2. 92.

(31) Alexandrie, 28 mars 1929 : Patriarche grec orthodoxe d'Alexandrie c/Dr Caropoulo, S. 1930. 4. 21.

(32) Cass. Civ., 13 avril 1910 : Dhondt c/Dr Mulette, D. 1911. 1. 14.

(33) Trib. Civ. Rennes, 18 janv. 1909 : Dr Blin fils c/Dagueneau ; G. Trib., 14 mars 1909.

Mais la jurisprudence nous paraît être allée trop loin lorsque, malgré la production des carnets du médecin, la Cour de Cassation (34) a admis, comme preuve de la libération du client, l'aveu indivisible de celui-ci qu'il avait bien reçu les soins, mais que ces soins avaient été payés. Solution discutable, non pas seulement parce que, dans l'espèce soumise à la Cour de Cassation, comme l'a indiqué M. Letort (35), l'inexactitude partielle de l'aveu complexe résultait des diverses déclarations de son auteur, mais parce que le juge n'avait pas besoin, pour admettre la réclamation du médecin, de se fonder sur une partie de l'aveu. L'aveu, en effet, était superfétatoire, étant donné qu'il aurait suffi pour faire triompher la demande du médecin de se fonder sur la production de ses livres. Il serait vraiment trop commode, à un client récalcitrant et de mauvaise foi, de paralyser entièrement l'emploi de la preuve par production des livres, en opposant, au médecin, l'aveu inutile de la réalité des soins, compliqué de l'affirmation du paiement. Le médecin ayant établi la réalité de sa créance sans le secours de l'aveu du client, c'est à celui-ci à prouver sa libération à son tour par les moyens de preuve légaux dont l'énumération ne comporte pas la seule affirmation du débiteur.

#### SECTION IV

##### DÉTERMINATION DU MONTANT DES HONORAIRES

77. *Cas où le praticien n'a pas donné tous les soins pour lesquels le prix avait été stipulé.* — Du fait que des relations contractuelles unissent praticien et client, il résulte qu'un des éléments du contrat, le prix, a pu être fixé avant même l'exécution des obligations de l'homme de l'art. Les parties ont pu convenir d'un prix, moyennant lequel le praticien accomplira une série de prestations nettement définies. Il va de soi, que si, du fait du médecin, la série complète des prestations n'a pas été remplie, la question de la réduction du prix convenu se posera, et que les tribunaux pourront l'arbitrer en cas de

(34) Cass. Civ., 31 mai 1932 : Dr H... c/Bénard ; G. Trib. 1932. 2. 1. 48.

(35) Jean Letort : *Honoraires impayés. Les Archives du Droit Médical et de l'Hygiène*, 1<sup>er</sup> nov. 1932 ; communiqué par le « Monde Médical ».

désaccord entre les parties. C'est ainsi qu'ont pu être réduits les honoraires convenus pour un médecin qui s'est engagé à soigner un malade jusqu'à la guérison de celui-ci et qui, mécontent d'avoir vu appeler à ses côtés un confrère, n'avait pas continué ses soins (36), ou pour un accoucheur, qui, ayant convenu d'un prix forfaitaire pour visites et soins avant, pendant et après l'accouchement, était arrivé, le jour de l'accouchement, une demi-heure après cet événement, lequel avait eu lieu sous les auspices de la sage-femme (37) ou d'un assistant (38). Ce n'est pas à titre de dommages-intérêts que les clients obtiennent ces réductions. Les médecins peuvent, en effet, n'avoir accompli aucune faute, au sens quasidélictuel du mot. Ils n'ont simplement pas entièrement rempli les obligations qu'ils avaient assumées en échange d'un prix dont le montant primitivement fixé correspondait à l'intégralité de ces obligations. Voilà qui met bien en lumière le caractère contractuel des relations entre médecins et clients.

78. *Irréductibilité du prix forfaitaire si le médecin a rempli ses obligations.* — Mais si le médecin a rempli toutes ses obligations, ou si c'est uniquement du fait du client qu'il n'a pas été mis à même de les remplir intégralement, le prix forfaitaire ne saurait être réduit par les tribunaux. Nous sommes ici dans le domaine du droit commun. Les conventions sont la loi des parties, si elles ont été valablement consenties. Aucune autorité judiciaire ne peut substituer sa volonté à l'accord préétabli des parties. Une solution différente en matière médicale ne reposerait sur aucun fondement juridique. Aussi, les tribunaux, même s'ils jugent qu'un honoraire convenu d'avance est exagéré, ne se reconnaissent pas le droit d'en modifier le montant, s'il n'est pas démontré que le consentement du client ait été vicié.

Les tribunaux sont très stricts dans l'appréciation du point de savoir si le consentement a été vicié. En particulier, ils n'ad-

(36) Trib. Civ. Senlis, 30 juin 1853 : Dr Rayner c/Aumont.\* « Le Droit », 24 juillet 1853.

(37) Trib. Civ. Seine, 28 nov. 1922 : Dr R... c/époux M... Gaz. Trib.. 1923. 2. 172.

(38) Trib. Civ. Seine, 25 nov. 1932 : Dr X... c/époux de Chavannes ; G. Pal., 1933. 1. 114.

mettent pas que la maladie constitue à priori la violence morale paralysant la libre volonté de ceux qui contractent l'obligation de payer les honoraires proposés.

Il n'y a en effet, aucune raison d'envisager cette question en dehors des principes généraux et de considérer toutes les maladies comme des cas de violence morale. Il y a là une question de fait que les tribunaux apprécieront souverainement (39).

Le fait de convenir d'un honoraire à l'avance n'a rien que de très normal. Le médecin devra évidemment le faire avec tact. Si le client ne prouve pas que le médecin ait exploité une situation pénible pour se faire attribuer des honoraires hors de proportion avec le service rendu, il échouera dans sa demande en réduction (40).

Au surplus, il ne faut jamais perdre de vue que le malade n'est pas exposé à être laissé sans secours, s'il n'acceptait pas les conditions du médecin. Dans ce cas, en effet, il aurait toujours la ressource de se faire soigner dans les hôpitaux publics (41).

La réduction des honoraires a été même refusée dans le cas où, en échange du prix, déjà jugé excessif, toutes les prestations convenues n'avaient pas été remplies par le praticien, si l'interruption du traitement était dû au fait du seul malade (42).

D'autre part, le paiement librement exécuté emporte reconnaissance de la dette et le client ne saurait ensuite être recevable à agir en répétition de l'indû (43). Il ne pourrait en être autrement que si le paiement avait été assorti de réserves (44).

(39) André Salats : *Des Honoraires des Médecins*, thèse droit Paris 1905, p. 39.

(40) Trib. Civ. Seine, 1<sup>er</sup> avril 1914 : veuve Garthe c/D<sup>r</sup> Sénéchal, *Gaz. Trib.* 1914. 1. 2. 375.

(41) Trib. Civ. Seine, 10 février 1934 : D<sup>r</sup> B... c/époux C... ; *G. P.* 1934. 1. 729.

(42) Trib. Civ. Seine, 23 février 1907 : Crocker c/D<sup>r</sup> Doyen, *D.* 1910. 2. 53, note A. Le Gris.

(43) Cass. Civ., 7 janvier 1925 : D<sup>r</sup> Meyohas c/Faure-Besson, *S.* 1925. 1. 14.

(44) Trib. Civ. Nice, 11 février 1924, D... c/D<sup>r</sup> S..., *S.* 1925. 2. 128.

On ne retrouve donc pas, en matière médicale et chirurgicale, la jurisprudence exceptionnelle qui permet aux tribunaux de modifier le prix convenu forfaitairement entre un agent d'affaires et son client. Cette pratique prétorienne est fondée sur le caractère très particulier de l'exercice de la profession d'agent d'affaires et sur la défaveur qui peut s'y attacher. Elle considère qu'à priori, en cas de stipulation d'honoraires excessifs, le consentement du client n'a pu qu'être vicié. Aucune extension d'un semblable motif n'est évidemment possible en notre matière, où l'on voit au contraire (et c'est un des éléments essentiels du contrat), que le corps médical doit jouir et jouit de la confiance générale (45).

79. *Faculté pour les Tribunaux d'arbitrer librement le montant des honoraires à défaut d'accord préalable.* — Cette jurisprudence, que M. Josserand a qualifiée d'« interventionnisme judiciaire », est limitée au domaine du mandat, parce qu'elle provient elle-même d'une extension du principe que les Tribunaux ont qualité pour déterminer le salaire dû au mandataire, quand la convention ne l'a pas fixé (46).

Cette détermination judiciaire peut être appliquée, en l'absence de convention préalable, non seulement dans le domaine du mandat proprement dit, mais encore dans celui du mandat romain tout entier (exercice des professions d'architecte, de médecin, de chirurgien, etc.) (47).

C'est ce qui pourrait expliquer l'erreur de terminologie qui aurait peut-être été commise par la Cour de Cassation lorsqu'elle a décidé (48) qu'en supprimant certains articles du mémoire d'un médecin et en fixant à une somme déterminée le montant des honoraires de celui-ci, un Tribunal n'avait « fait qu'user du droit qui lui appartenait de déterminer, d'après les circonstances, le chiffre du salaire dû au *mandataire* ». Nous verrons en effet, plus loin (49), que le contrat médical ne sau-

(45) De même l'honoraire régulièrement convenu entre l'avocat et son client ne saurait être ultérieurement réduit par les tribunaux. Trib. Civ. Seine, 24 juin 1937 : Dreyfus c/A... et H... G. Trib., 3 février 1938.

(46) Planiol et Ripert : *Traité élémentaire*, tome II, 10<sup>e</sup> éd. 2236.

(47) Josserand : *Cours de Droit Civil Positif*, tome II, 1414.

(48) Cass. Civ., 24 avril 1914 : D<sup>r</sup> Arrufat c/Urbaine, D. 1917. 1. 1..

(49) Cf. infra, n° 89.

rait s'analyser en un mandat proprement dit. Il pourrait donc ne pas s'agir en réalité, dans l'espèce précitée d'un mandat ordinaire, mais du mandat romain dont parle M. Josserand (50).

Et cette jurisprudence est constante. En l'absence de convention préalable, les tribunaux ne sont bien entendu pas obligés d'entériner les chiffres réclamés par le médecin ni même de se soumettre à des tarifs faits uniquement dans l'intérêt des médecins afin d'éviter une concurrence déplaisante (51). Les tribunaux sont placés en face d'une prestation dont les parties sont recevables à discuter la valeur. Au juge de départager.

80. — *Eléments d'appréciation du montant des honoraires.*  
— Pour y parvenir, la jurisprudence a dégagé les éléments dont il y a lieu de tenir compte afin d'aboutir à une évaluation raisonnable.

Il faut tout d'abord envisager la nature de l'affection soignée, les difficultés techniques auxquelles le praticien a pu, ou non, se heurter (52), le caractère plus ou moins « répugnant » des opérations auxquelles l'homme de l'art a dû se livrer (53), l'importance du traitement, le temps qui y a été consacré, l'heure où il a pu avoir lieu, l'éloignement du malade au regard

(50) A moins que la Cour de Cassation n'ait considéré le médecin comme le mandataire de la Compagnie d'Assurances vis-à-vis des malades que cette Compagnie avait assumé la charge de faire visiter, hypothèse beaucoup plus certaine que celle d'une erreur de terminologie.

(51) Trib. Civ. Périgueux, 23 juin 1928 : D<sup>r</sup> Arlet c/Solbreux, S. 1928. 2. 155.

Bordeaux, 16 février 1900 : Delage c/Jullien, D. 1901. 2. 206.

(52) Trib. du Caire, 4 mars 1929 : D<sup>r</sup> Dunet c/Bichara Matouk, S. 1930. 4. 14.

Trib. Paix Versailles, 3 nov. 1922 : D<sup>r</sup> Huet c/Nugon, cité dans « Revue Médico-Sociale » 1933-152.

Trib. Civ. Bayonne, 11 mai 1907 : D<sup>r</sup> de Lostalot c/X... ; G. Trib., 20 juin 1907.

Limoges, 8 juillet 1910 : D<sup>r</sup> Janicot c/Micou, D. 1912. 2. 92.

Trib. Civ. Seine, 10 février 1934 : D<sup>r</sup> B... c/époux C... ; G. P. 34. 1729.

Aix, 31 mars 1930 : D<sup>r</sup> Sherwood Dunn c/Thomson ; G. Trib., 29 juillet 1930.

(53) Trib. Civ. de Montbrison, 3 avril 1897 : D<sup>r</sup> Faucherand c/Boutin, confirmé par Lyon, 15 nov. 1898, D. 1899. 2. 371.

du médecin (54), en résumé l'objet même du contrat dans tous ses détails.

Cependant, étant donné que le médecin ne contracte qu'une obligation de moyens et non de résultat, si les soins ont été corrects, le résultat ne saurait influencer sur la fixation des honoraires. Ce n'est pas parce que le malade est mort, qu'on pourra dire *a priori* que le médecin a moins bien rempli son office. La réduction des honoraires, ou inversement leur augmentation, ne devrait donc pas dépendre de la seule constatation de l'échec ou de la réussite d'un traitement (55) bien que certaines décisions, pour justifier surabondamment la solution favorable qu'elles donnent à la demande du praticien, soulignent l'heureux résultat de ses soins (56).

Mais l'évaluation ne saurait se faire en envisageant seulement la prestation en elle-même. Les professions libérales se distinguent précisément des autres en ce sens que les services ne constituent pas une marchandise, dont la valeur pourrait s'apprécier d'après un cours uniformément applicable. La personnalité des parties est un élément essentiel de la fixation des honoraires.

C'est un principe que la jurisprudence a constamment affirmé. La notoriété que le médecin a pu acquérir par ses travaux, ses titres professionnels, le fait qu'il exerce dans une grande ville ou au contraire dans une petite agglomération, sa valeur professionnelle, sont autant d'éléments qui permettront aux tribunaux d'apprécier de façon plus nuancée les honoraires à allouer (57).

(54) Trib. Civ. Seine, 15 fév. 1911 : Dr B... c/X... ; G. Trib. 1911. 2. 2. 141.

Trib. Civ. Soissons, 3 avril 1889 : Loisel c/Duchêne, confirmé par Amiens, 31 juillet 1889, D. 1890. 5. 31, et les décisions citées aux notes précédentes.

(55) James Gillot : *Les honoraires du Médecin*, thèse droit, Paris, 1894, p. 105.

(56) Cf. par exemple Aix, 31 mars 1930 : Dr Sherwood Dun c/Thomson. Gaz. Trib., 29 juillet 1930.

Trib. Civ. Seine, 10 février 1934 : Dr B... c/époux C... G. P., 1934. 1. 729.

(57) Trib. Civ. Seine, 5 décembre 1893 : Lorain c/Dr Dumontpalier, Pand. Franç. 1894. 2. 192. — Bordeaux, 16 février 1900 : Delage c/Julien, D. 1901. 2. 206. — Trib. Civ. Seine, 25 nov. 1932 : Dr X... c/de Chavannes G. P. 1933. 1. 114 et les décisions citées aux notes précédentes.

Enfin la délicatesse qui est de mise dans les professions libérales impose la modération des honoraires si le malade est de situation modeste. Au contraire, s'il est fortuné, s'il occupe une situation publique importante, les honoraires, pour un même service rendu et par un même médecin pourront être plus élevés (58).

Par contre, il a été jugé (59) que les tribunaux ne pouvaient arbitrer le montant d'honoraires à une somme plus réduite que la normale, sous le prétexte que le malade aurait été un ami du médecin. Il n'y aurait pas là, a priori, droit à un traitement de faveur, sauf s'il apparaissait des faits de la cause que le médecin avait manifesté l'intention de n'exiger aucun honoraire et avait d'ailleurs reçu de ses clients et amis divers cadeaux rémunératoires (60). L'usage même qui veut que les médecins ne se demandent pas d'honoraires entre eux n'est pas interprété comme une gratuité, mais au contraire comme une remise volontaire de dette, fondée sur la réciprocité, maintenant au contrat son caractère onéreux (61).

## SECTION V

### PRESCRIPTION

81. *Principe.* — Le Code civil, dans son titre de la prescription, s'occupe des honoraires médicaux, et le 4<sup>e</sup> alinéa de l'article 2272 modifié par la loi du 30 novembre 1892 est ainsi conçu : « L'action des médecins, chirurgiens, chirurgiens-dentistes, sages-femmes et pharmaciens, pour leurs visites, opérations et médicaments, se prescrit par 2 ans ».

Le principe d'une courte prescription est traditionnel en notre matière. Déjà dans l'ancien droit, l'action des chirurgiens en paiement de leurs pansements et opérations ne durait

(58) Voir les décisions citées aux notes précédentes et Paris 3 germinal, an XI : Tallien c/héritiers Havier, Rép. Méth., V<sup>o</sup> Médecine, 78, N<sup>o</sup> 1.

(59) Bordeaux, 16 fév. 1900, précité.

(60) Trib. Civ. Seine, 9 février 1904 : Florange c/D<sup>r</sup> Dumont ; G. Pal. 1904. 1. 476.

(61) Cass. Civ., 18 janvier 1938 : D<sup>r</sup> A... c/D<sup>r</sup> Retrouvey ; G. Pal., 15 février 1938.

qu'un an (62). Cette disposition a été reprise par le Code Civil, et c'est au moment de l'élaboration de la loi de 1892 sur l'exercice de la médecine, que ce délai, qui était, à bon droit jugé trop court a été porté à deux ans. On avait même proposé cinq ans, ce qui semblait plus logique. Mais c'est le docteur Cornil, rapporteur au Sénat, qui s'y est opposé, prétextant que ce serait un trop long délai qui, au surplus, ne faisant plus rentrer la prescription des honoraires dans le cadre des courtes prescriptions, ne permettrait pas de déférer le serment au débiteur récalcitrant (63). Il est permis de le regretter. En effet, l'usage étant qu'en France les praticiens ne réclament pas le paiement de leurs honoraires au moment même de leur prestation, ce genre de créanciers, dont la dignité fait qu'il se montre en général peu pressé et peu âpre, risque de se trouver un peu à l'étroit dans le délai de deux ans qui lui est donné pour se résoudre à agir en justice. Au surplus, si la procédure du serment peut paraître séduisante aux profanes, la pratique judiciaire montre qu'un débiteur, qui se laisse trainer en justice, hésitera bien rarement à prêter le serment qu'on lui défère et qu'on assiste peu souvent à des scrupules de conscience intervenant à ce moment-là.

La prolongation à cinq ans du délai de prescription aurait largement compensé la privation de la faculté de déférer le serment. Il ne faut cependant jamais négliger cette faculté lorsque dans une instance en paiement la prescription est opposée à l'homme de l'art. C'est la seule chance, si minime soit-elle, que celui-ci possède pour renverser le mur d'airain de la prescription.

82. *Point de départ.* — L'application des règles légales de la prescription pose un problème, qui intéresse d'ailleurs plus les médecins que les chirurgiens, celui du point de départ de la prescription. Chaque prestation de l'homme de l'art, chaque visite, chaque consultation, fait-elle courir de sa date le délai de la prescription des honoraires auxquels elle donne droit ? Ou au contraire, lorsque le praticien est appelé à intervenir

(62) Denisart : *Collection des décisions nouvelles*, t. IV, Paris 1786, V° Chirurgien, 13.

(63) Dubrac : *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1893, p. XXXVI.

plusieurs fois auprès du même malade pour la même maladie, ne possède-t-il pas une créance globale dont la prescription ne court qu'à partir du moment où elle est parfaite, où l'ensemble des prestations a été rempli, où la dernière intervention a eu lieu ?

On pourrait croire que la première solution serait seule admissible, à lire les termes généraux de l'article 2274 al. I du code civil ainsi conçu : « La prescription, dans les cas ci-dessus, a lieu quoiqu'il y ait eu continuation des fournitures, livraisons, services et travaux ». La jurisprudence unanime écarte cependant depuis longtemps, avec raison, l'application de l'article 2274, en se fondant sur les stipulations implicites du contrat médical.

Un arrêt déjà ancien de la Cour de Caen (64) analyse avec beaucoup de subtilité les raisons qui déterminent l'adoption d'une telle solution. Il rappelle l'usage que les médecins ne réclament pas le prix de leurs visites immédiatement après les avoir faites. Citant ensuite l'article 1160 du code civil : « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées », il déduit qu'il est ainsi entendu contractuellement que le paiement ne doit pas avoir lieu, après chaque visite, mais seulement au moment de la cessation des rapports entre les parties, ou, à tout le moins, lorsque le médecin l'exigerait pendant le cours de la maladie. Il n'y a donc pas autant de créances que de visites, mais une seule et même créance, complétée et définitivement exigible lorsque les rapports du médecin et du malade ont pris fin. Ce que l'on réclame en effet au médecin, ce n'est pas telle ou telle visite, mais un traitement en général. Ce traitement forme un tout, qui comprend non seulement le fait matériel des visites, mais encore d'autres prestations intellectuelles (étude de la maladie par exemple), qui n'ont pas à être individualisées. Il s'ensuit que la prescription ne doit courir que du jour de cette cessation des rapports entre les parties. On a encore analysé (65) dans la visite médicale la naissance d'une créance à terme qui ne sera exigible que du moment de la cessation des rapports. Pratiquement, cela revient exactement au même. Mais ce fractionnement de la prestation médicale, en autant de créances que de visites,

(64) Caen, 21 avril 1868 : Dr de Navennes c/Bisson, D. 1871. 2. 189.

(65) Trib. Civ. Besançon, 14 août 1886 : Weiss, D. 1871. 3. 101.

ne nous paraît pas très compatible avec le caractère du service rendu, qui ne peut être abaissé à être ainsi débité par tranches, comme une marchandise. Au surplus, si par impossible, le médecin réclamait son règlement en cours de traitement, le malade ne saurait juridiquement se prévaloir du bénéfice du terme.

Les termes pourtant précis de l'article 2274 sont écartés de la matière par l'arrêt de la Cour de Caen, sous le prétexte qu'ils ne reproduisent pas, en ce qui concerne les médecins, les expressions exactes employées par l'art. 2272. Par cette habile confrontation de textes, la jurisprudence en arrive à éviter une application trop formaliste du Code et à adopter une solution de bon sens qui, au surplus, était déjà celle de la doctrine et de la jurisprudence antérieures au Code Civil. Ce qui permet à l'arrêt cité, de supposer que les rédacteurs de l'article 2274, qui devaient connaître cette doctrine et cette jurisprudence, n'ayant pas, dans l'énonciation des prestations dont la continuation n'interrompt pas la prescription, cité les visites des médecins, pourtant visées à l'article 2272, n'avaient pas l'intention de faire entrer celles-ci dans leur système de non-interruption.

Au surplus, on a encore soutenu (66) avec le même bon sens, que dans une même maladie, il n'y avait pas, au cours des visites successives, « continuation de services », mais le même service qui n'est terminé que lorsque toutes les visites nécessaires ont été faites.

Néanmoins, et c'est toujours une solution de bon sens, s'il y a eu plusieurs maladies, ou si la maladie a eu des périodes distinctes pendant lesquelles les soins du médecin ont cessé, la prescription part de la fin de ces périodes ou de chaque maladie.

C'est de ces principes que la jurisprudence a constamment fait application, et la diversité des solutions qui ont pu être données au sujet de cette question n'a pour cause que la diversité des espèces.

Il est inutile de faire, comme certaines décisions (67) l'ont proposé, une distinction de principe entre maladies aiguës et maladies chroniques, la créance médicale, dans les premières,

(66) Trib. Civ. Besançon, 15 août 1866 : Weiss, cité supra. — Trib. Civ. Seine, 15. 1. 1870 : Dr Pigache c/Maubourguet, D. 1871. 3. 101. — Trib. Montbrison, 3 avril 1897 : Dr Faucherand c/Boutin, D. 99. 2. 371.

(67) Chambéry, 28 février 1873 : Dr X... c/Chevenaz, D. 1873. 2. 153.

échappant à l'application de l'article 2274, mais pouvant, dans les secondes, faire jouer cet article. Ce qui compte, c'est de savoir si, en fait, les soins ont, oui ou non, été continus. Il y a là uniquement une question d'espèce et non une question de principe pouvant rentrer dans une classification médicale quelconque (68).

## SECTION VI

### PRIVILÈGE DE L'ARTICLE 2101 DU CODE CIVIL

83. — « Les frais quelconques de dernière maladie » bénéficient, en vertu de l'article 2101, alinéa 3 du Code Civil, d'un privilège général sur les meubles et sur les immeubles. Sur ce qu'il faut entendre par « dernière maladie », la loi du 30 novembre 1892 a apporté une précision formelle, ajoutant à cette expression les mots « qu'elle qu'en ait été la terminaison ». Il ne s'agit donc pas seulement de la maladie qui a occasionné la mort, mais de la dernière maladie avant l'événement (faillite, ordre ou contribution) qui donne lieu à une distribution de deniers. Il était, en effet, choquant de favoriser le médecin dont les soins n'avaient pas empêché la mort du malade, et de récompenser celui qui aurait guéri son client, en lui refusant le privilège.

Pour savoir quelle est l'entité « maladie » pour laquelle les frais sont privilégiés, on doit se reporter à ce qui vient d'être dit du point de vue de la prescription. Les mêmes principes devant jouer, il ne peut s'agir que de la période pendant laquelle les soins ont été continus et où est née la dernière créance englobant l'ensemble des frais nécessités par l'évolution de la maladie.

Quelle est la raison de ce privilège ? Un jugement (69) a cru la trouver dans une pensée d'humanité en faveur du débiteur malade qui pourrait ne pas recevoir tous les secours nécessaires s'il n'offrait qu'un crédit sans sûreté. Une telle inter-

(68) Trib. Civ. Seine, 3 mars 1916 : Dr Disser c/consorts Terrier, G. Trib. 1916. 2. 408.

(69) Trib. Civ. St-Quentin, 7 juin 1893 : docteurs Despré et Delaisement c/consorts Quennesson, cité par Floquet, Code Pratique, 423.

prétation est assez peu flatteuse pour le Corps Médical dont le désintéressement serait ainsi fort injustement frappé de suspicion. Une autre décision (70) donne une explication qui rentre beaucoup mieux dans le cadre général des théories adoptées sur les créances médicales : elle s'appuie sur l'impossibilité morale (dans l'ordre de celle déjà invoquée en matière de preuve) qui interdit au créancier de poursuivre son débiteur pendant qu'il est aux prises avec la maladie. Le privilège doit donc être considéré comme la juste récompense de la délicatesse qui est d'usage dans la profession médicale et qui constitue un des traits caractéristiques du contrat.

C'est pourquoi nous ne pouvons pas approuver la solution (71) qui refuse le privilège pour les soins donnés aux membres de la famille du débiteur, le limitant aux soins donnés à celui-ci personnellement. Le devoir de délicatesse, vis-à-vis du débiteur, est le même, qu'il résulte d'une créance née au sujet de la personne même du débiteur ou au sujet d'êtres qui lui sont chers et vis-à-vis de qui il a une obligation légale.

## SECTION VII

### INCAPACITÉ DE RECEVOIR DE L'ARTICLE 909 DU CODE CIVIL

84. — « Les docteurs en médecine en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elles auraient faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie. Sont exceptées : 1° les dispositions à un titre rémunératoire faites à titre particulier eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus... ». Ainsi s'exprime l'article 909 c. civ. qui régleme la délicate question des rapports testamentaires entre les médecins et leurs clients.

C'est encore en considération de la confiance que doit ressentir le client pour son médecin qu'a été édictée cette incapacité

(70) Trib. Civ. Narbonne, ...1893 (sic) : Dr G..., cité par Floquet, Code Pratique, 411.

(71) Cass. Civ., 3 août 1897 : L'hospitalier c/faillite Courairie, D. 98. 1. 394.

citée qui s'applique également aux Ministres du Culte. Mais, cette fois, le législateur a eu en vue d'en limiter les effets excessifs. Préoccupation qui ne date pas d'hier, et qui se retrouve dans l'ancien droit (72) : protéger le faible contre celui à qui les circonstances confèrent sur lui une grande autorité matérielle ou morale. Dubrac, recherchant le fondement de cette prohibition, prétend le trouver dans des motifs moins flatteurs pour le Corps Médical. « Il ne faut pas que le médecin tienne entre ses mains la vie d'un homme qui doit lui laisser sa fortune », et qu'il soit « placé dans cette alternative, ou de ramener son malade à la santé et de lui faciliter ainsi la possibilité de revenir sur sa libéralité, ou de le laisser mourir et de rendre par là cette libéralité irrévocable » (73). C'est là, sans doute, supposer trop de machiavélisme criminel, et la raison que nous avons citée en premier lieu cadre trop bien, à la fois, avec le système général des incapacités de recevoir dans notre droit, et avec le caractère de l'exercice de la profession médicale pour qu'elle ne nous paraisse suffisante.

A relire mot à mot le texte légal et à examiner l'usage qu'en a fait la jurisprudence, on verra d'ailleurs que le nombre des conditions mises à l'application de l'article 909 en limite la portée et n'entrave en rien le jeu normal et légitime des relations entre médecin et client.

Le médecin ou chirurgien, frappé de l'incapacité est, tout d'abord, celui qui a *traité*. Qu'est-ce qu'un traitement ? « Fait complexe », répond la Cour de Cassation (74) « dont l'appréciation dans les circonstances diverses dont il se compose, appartient aux juges du fond », mais dont on peut dire qu'il n'est pas constitué par « quelques conseils rares et accidentels », donnés par un voisin ou un ami « dans le but... de procurer un soulagement immédiat... ne ressemblant en rien aux soins réguliers et assidus qui caractérisent l'exercice de la « profession de médecin... ». Un médecin qui intervient donc à titre occasionnel, parce qu'il est, si l'on peut dire, à portée de la

(72) Rapport du conseiller Alméras-Latour sous Cass. Req., 13 avril 1880, D. 1880. 1. 263.

Pabon : *Exercice de la Médecine*, Paris, 1894. 230.

(73) Dubrac : *Traité de Jurisprudence Médicale et Pharmacutique*, 2<sup>e</sup> édit., Paris 1893, pages 68 et suivantes.

(74) Cass. Req., 8 août 1900 : Sizaire c/Dr Delmas, D. 1900. 1. 559.

main, alors que le malade est soigné de façon régulière par un autre médecin, n'est donc pas atteint par la prohibition. De même un médecin appelé en consultation par le médecin traitant. Celui-ci seul est frappé de l'incapacité, parce que c'est lui qui peut prendre de l'empire sur son malade par la haute main qu'il a sur le traitement et la présence continue qu'il exerce au chevet du patient.

Le médecin prend d'autant plus d'empire sur son client dont les soins ne lui ont pas été prodigués au cours de la maladie pendant laquelle les soins ont été donnés doit avoir été mortelle. Si le patient soigné par le médecin pour une maladie déterminée, succombe à une affection d'une autre nature, à un accident, par exemple, même survenu au cours du traitement, mais sans rapport avec l'objet des soins, la prohibition ne joue pas (75). Et la charge de la preuve incombe bien entendu à celui qui veut attaquer la validité du testament ou de la donation (76). Si le malade guérit, la libéralité conserve sa validité. De même si l'agonisant gratifie un médecin qui l'a traité autrefois, mais dont les soins ne lui ont pas été prodigués au cours de la maladie mortelle.

La libéralité doit avoir été faite pendant le cours de la maladie mortelle. Le type du testament annulé est celui rédigé en faveur de son médecin traitant par un malade atteint d'une pneumonie qui le cloue au lit et dont il ne se relève pas (77). Aussi un testament olographe antidaté peut-il constituer un moyen frauduleux pour tourner la prohibition. Mais, outre que si la fraude était mise à jour, la disposition serait annulable, on ne saurait considérer comme un faible, qui ne prévoirait pas les conséquences de ses actes et dont la volonté devrait être protégée, le malade qui rédigerait ainsi une énonciation inexacte, consciemment, dans le but de tourner une prohibition légale.

La libéralité à titre particulier et rémunératoire n'est pas frappée par la prohibition. C'est là ce qui permet surtout à la sanction de l'art. 909 de faire le départ équitable entre les libéralités légitimes et celles qui ne le sont pas. \*

(75) Cass. Req., 13 avril 1880 : Abeille c/abbé Lhoste, D. 1880. 1. 263.

(76) Cass. Req., 21 avril 1913 : abbé Goulinat c/di Vizza, D. 1913. 1. 421.

(77) Cass. Req., 29 juin 1891 : D<sup>r</sup> Martin c/Viala, D. 1892. 1. 260.

Il est anormal en effet, pour la raison que nous avons vue, qu'un malade décide à l'article de la mort, de laisser toute sa fortune au médecin qui veille sur ses derniers instants. Si ce médecin était même un parent éloigné (les parents jusqu'au 4<sup>e</sup> degré n'étant pas visés par la prohibition, sauf s'ils n'appartiennent pas à la ligne directe et qu'il existe des héritiers en ligne directe) ou un ami très cher, le client, qui voudrait librement et clairement lui donner une telle marque d'affection que celle constituée par une libéralité à titre universel, n'attendrait certes pas d'être à l'article de la mort pour le faire.

Par contre, il est tout à fait normal que le malade, pour récompenser son médecin de ses services, entende le gratifier, par testament notamment, dans une mesure raisonnable. Une libéralité de ce genre ne pourra donc être annulée, sauf à être réduite dans une juste proportion si elle excède les facultés du disposant ou l'étendue des services rendus (78). Mais les tribunaux qui peuvent ainsi réduire une libéralité faite expressément à titre particulier ne pourraient se substituer au testateur et transformer en en limitant l'objet un legs universel en legs particulier (79). C'est le mobile de la disposition à titre universel qui, suspect, a déterminé le législateur à prohiber celle-ci. Elle est donc annulable en son principe et en son entier.

Ainsi la loi se méfie du médecin qui réunit toutes les conditions propres à le laisser soupçonner de suggestion ou de captation. Elle ne tolère aucune équivoque et ne veut pas qu'une discussion puisse s'instituer dans ce cas. Si la nullité est relative, en ce sens que seuls les intéressés peuvent l'invoquer, la présomption sur laquelle elle est fondée est irréfragable. Présomption de suggestion et de captation, elle joue automatiquement et ne peut être détruite par aucune preuve contraire (80). Le médecin ne peut essayer d'invoquer un motif légitime à la libéralité. Tout débat pénible est évité, toute tentation de prêter le flanc à d'injurieux soupçons est retirée au médecin. On peut

(78) Cass. Civ., 13 août 1844 : *D<sup>r</sup> Sentex c/Laurencian et Brassier*, S. 1844. 1. 710.

(79) Cass. Req., 21 mars 1870 : *D<sup>r</sup> Déclat c/héritiers Grammont Caderousse*, S. 1870. 1. 233, note Labbé.

(80) Cass. Req., 29 juillet 1891 : *D<sup>r</sup> de Martin c/Viala*, D. 1892. 1. 260.

done considérer que les dispositions de l'art. 909 qui sont, on l'a vu, très libérales, et n'entravent pas le libre jeu des possibilités normales du médecin, en même temps qu'elles protègent la volonté des malades, garantissent la considération du corps médical.

### CHAPITRE III

#### MODÉRATION DANS L'EXERCICE DU DROIT D'AGIR EN JUSTICE

85. — Le caractère individualiste de la profession médicale la rend encore trop tributaire de la renommée, les praticiens risquent trop de souffrir de la publicité à rebours que constituent pour eux les procès qui leur sont intentés, pour que les tribunaux ne s'attachent pas avec vigilance à réprimer l'abus manifeste de certains clients injustement mécontents qui infligent à leurs médecins les ennuis d'un procès. A juste titre le corps médical se plaint de la recrudescence du nombre des instances dirigées contre ses membres. Cette recrudescence risque d'entraver l'exercice d'une profession éminemment utile au public, et plus spécialement de décourager, en les incitant à l'inaction, les chirurgiens de tenter de salutaires coups d'audace. Ceux qu'il faut décourager, ce sont les plaideurs téméraires.

Sans doute serait-il contraire à l'esprit de notre droit de condamner invariablement à des dommages-intérêts tout plaideur qui succombe. On peut, de très bonne foi, se méprendre sur l'étendue de ses droits lorsque celle-ci n'apparaît pas à l'évidence aux esprits non prévenus et il est des litiges d'ordre médical dont la complexité embarrasse les magistrats les plus distingués. On ne saurait donc automatiquement faire grief de n'avoir pas réussi au plaideur malheureux qui a tenté de faire valoir en justice ce qu'il croyait être son droit.

Il y a même des demandeurs qui peuvent avoir des excuses à avoir voulu plaider une mauvaise cause. C'est par exemple le malheureux père, dont l'enfant est décédé, alors que le médecin, en dehors de toute faute, avait posé un diagnostic inexact et avait été dans l'impossibilité en cours de traitement

d'accourir immédiatement à l'appel du malade (4). La douleur du père, qui avait pu le priver de la sérénité de son jugement, constitue bien l'excuse pouvant le faire échapper au reproche d'avoir abusé de son droit. Une malade, influencée par la médiansance et la critique injustifiée d'autres praticiens, est également excusable d'avoir assigné son médecin à qui cependant aucun reproche ne pouvait être fait (2). Des plaideurs normaux eussent été en faute d'agir de la sorte. Ceux-là ont de telles excuses, qu'ils ne peuvent être considérés comme fautifs.

Par contre les tribunaux n'hésitent pas à faire droit aux demandes reconventionnelles des médecins, lorsque ceux-ci sont en butte à des actions mal fondées à l'évidence (3), introduites dans des termes injustifiés de nature à nuire à leur honneur professionnel et à leur réputation (4). Ils ne peuvent le faire, bien entendu, que si cela leur est demandé. Aussi les praticiens injustement assignés devraient-ils, dans l'intérêt collectif de leur profession, former de semblables demandes reconventionnelles. Et pour mieux faire hésiter les plaideurs téméraires, comme pour mieux compenser l'étendue réelle de leur préjudice (qui comprend notamment le montant d'honoraires et le coût de diligences, tous difficilement justifiables), ils ne devraient pas se limiter à la réclamation de la somme symbolique de 1 franc, mais solliciter des dommages-intérêts plus substantiels.

(1) Trib. Civ. Mantes, 26 janvier 1912 : Pascal c/D<sup>r</sup> P... ; G. Pal., 1912. 1. 328.

(2) Trib. Civ. Douai, 26 juin 1914 : Dlle E... c/D<sup>r</sup> B... ; G. Trib., 18 décembre 1915.

(3) Trib. Civ. Montpellier, 15 décembre 1909 : Leens c/D<sup>r</sup> Forgues ; G. Pal., 1910. 1. 187. — Trib. Civ. Lannion, 19 déc. 1932 : Le Loarer c/D<sup>r</sup> Aurejan ; G. P. 1933. 1. 339.

(4) Trib. Civ. Seine, 19 décembre 1910 : Mme Maran c/D<sup>r</sup> Le Roux ; G. Trib., 16 février 1911. — Montpellier, 24 mai 1933 : P... c/D<sup>r</sup> H... « Recueil des assurances » 1933. 486.

## QUATRIEME PARTIE

### *La nature du contrat*



## QUATRIEME PARTIE

### LA NATURE DU CONTRAT

86. *Application des règles générales de classification des contrats.* — Nous avons vu (cf. supra, N° 37) que la mise en rapport de l'homme de l'art avec son client déterminait un accord de deux volontés, productif d'obligations, sur un objet d'intérêt juridique. Cet accord constitue cette sorte de convention qui s'appelle un contrat, une convention étant au sens étymologique même du mot la rencontre des volontés, et le contrat ayant plus spécialement pour caractère d'être productif d'obligations (1). Les différents types de relations contractuelles ont été classifiés d'après leurs caractéristiques par un système d'ordres, de familles et de genres qui ressemble à celui de l'histoire naturelle. On arrive ainsi par une série de raisonnements analytiques à étiqueter chaque contrat d'après les règles qui président à son exécution, les ordres différenciant les contrats synallagmatiques et les engagements unilatéraux, les familles se divisant d'après l'objet du contrat (chose, travail ou droit), les genres d'après le fait que le service envisagé soit ou non rétribué, les espèces d'après les caractères spéciaux de chaque contrat (2).

Renversant l'opération, lorsque l'on a à étudier une relation contractuelle particulière et savoir quelle solution doit être donnée à un litige qu'elle détermine, il faut rechercher à quelle nature de contrat se rattache cette relation. Une fois cette nature établie, on en déduira alors quelles règles devront jouer en l'espèce.

En ce qui nous concerne, nous avons, en quelque sorte, désigné le contrat dont l'objet consiste en une opération chirurgicale. Nous avons recherché expérimentalement les caractères qui découlent de l'usage qu'a fait la jurisprudence de ce contrat. Il convient alors de confronter les résultats de notre recherche avec les types classiques des contrats, et de voir auquel le nôtre peut plus particulièrement se rattacher.

(1) Planiol et Ripert : *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. II, Paris 1926. 944.

(2) Cf. Marcel Planiol : *Classification synthétique des contrats* (Revue Critique, sept. 1904, p. 470).

Comme caractères très généraux, nous pouvons tout de suite dire qu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, puisque nous venons d'étudier successivement les obligations de l'une et de l'autre parties. Ayant étudié le droit du médecin à la perception d'honoraires, nous pouvons en conclure que notre contrat est en principe, à titre onéreux, à moins qu'il n'ait été convenu du contraire. L'étendue des prestations que se doivent les parties étant immédiatement appréciable et ne dépendant pas d'un événement incertain, nous dirons que le contrat est commutatif et non aléatoire. Le mode de formation du contrat qui ne dépend ni d'une forme solennelle, ni de la tradition d'une chose, mais de la simple rencontre expresse ou supposée des consentements, nous amène à reconnaître ici un contrat consensuel.

Rappelons en outre que, écartant les cas où le médecin agit comme préposé d'une collectivité (assurances sociales par exemple), nous avons volontairement limité notre étude aux relations entre des individus, type de contrat que l'avenir, qui tend vers les formes collectives, verra peut-être disparaître, mais contrat dont les applications actuelles nombreuses justifient qu'on l'examine encore avec intérêt.

Mais là où commencent les controverses, c'est lorsque l'on veut faire rentrer notre contrat dans un des types établis de ce qu'on appelle les *contrats spéciaux* (vente, échange, louage, dépôt, mandat, etc.). On a proposé de voir en lui un mandat, une gestion d'affaires, un louage de services ou entreprise. On a aussi proposé plus radicalement de lui refuser le droit au titre de contrat.

Nous aurons donc, maintenant, à passer en revue ces différentes hypothèses. Après avoir ensuite envisagé deux éléments psychologiques, dont l'importance dans les relations entre médecins et clients nous paraît primordiale, l'idée de risque et l'idée de confiance, nous nous demanderons si notre contrat ne doit pas plutôt rentrer dans une autre catégorie : celle des contrats auxquels on n'a pas attribué de nom, si ce n'est celui d'*innomé*, parce qu'en raison précisément de la prédominance de ces deux éléments, ils échappent à l'assimilation aux types de contrats précités.

## CHAPITRE I

### CONTRATS SPÉCIAUX

#### SECTION I

##### MANDAT

87. *Assimilation proposée du contrat médical au mandat.* — D'anciens auteurs de traités théoriques de droit, et quelques décisions de jurisprudence à leur suite, ont proposé de qualifier de mandat le contrat qui nous intéresse. Un auteur belge, M. Moreau, dans un ouvrage particulièrement consacré au droit médical (1) a également affirmé cette opinion.

A vrai dire, les décisions de jurisprudence qui admettent la possibilité de cette qualification, n'en ont pas beaucoup développé les raisons. Certaines ne sont d'ailleurs même pas très sûres de la nature juridique précise du contrat. C'est un mandat ou un louage de services, dit l'une (2). Comme on ne saurait décider que c'est un contrat de louage d'ouvrage, dit une autre (3), il faut bien admettre que c'est un contrat de mandat ou de gestion d'affaires, à moins encore de déclarer que ces rapports sont dépourvus de tout caractère légal, ce qui d'ailleurs ne modifierait pas la solution à intervenir.

(1) Alfred Moreau : *La Responsabilité Médicale*, Bruxelles, 1891, p. 15.

(2) Trib. Civ. Bordeaux, 28 avril 1891 : C... c/D<sup>r</sup> de C... « Le Droit », 1<sup>er</sup> octobre 1891.

(3) Alger, 4 mars 1889 : X... et Ladois c/Charroy (il s'agit dans cette espèce d'un avocat, mais le problème est le même que pour un médecin). D. 1890. 2. 281.

Un autre arrêt (4) est plus explicite : comme il s'agit d'une profession libérale, il ne peut être question que de mandat.

En réalité, on peut effectivement trouver dans le mandat deux traits que l'on relève dans l'analyse de notre contrat. Le malade peut, à son gré, remercier son médecin, sans avoir à lui payer d'indemnité, si ce n'est le prix total du traitement convenu en cas de forfait prévu d'avance (cf supra N° 78). Le médecin est donc révocable *ad nutum*. D'autre part, les Tribunaux se réservent le droit d'arbitrer le montant des honoraires à défaut d'accord préalable (cf supra, N° 79). C'est cette dernière raison qui a incité la Cour de Cassation, dans un curieux arrêt (5), à parler de mandataire à propos du médecin. Nous disons « arrêt curieux », parce que la Cour de Cassation a l'air, dans cette décision relativement récente, d'adopter une position surannée, et ainsi qu'on va le voir, manifestement erronée. Il semblerait même si étonnant que la Cour de Cassation pût prendre le médecin comme mandataire de son client, qu'on doit, nous l'avons vu (cf supra, N° 79), penser qu'en réalité, dans l'espèce envisagée par la Cour de Cassation, comme sans doute même dans celle de l'arrêt de Besançon cité précédemment, la Cour Suprême a pris le médecin comme mandataire, non du client, mais de la Compagnie d'Assurances qui s'était engagée à donner des soins à celui-ci. Une semblable solution n'aurait, elle, rien que de très normal. Elle avait déjà été consacrée dans le cas où un bureau de bienfaisance avait chargé un médecin de visiter les pauvres d'une commune (6). Mais dans ces hypothèses, il ne peut plus s'agir du contrat médical dans le sens où nous l'entendons, c'est-à-dire des rapports contractuels entre médecin et malade.

88. *Raisons données par les anciens auteurs.* — Mais ce n'est pas pour ces raisons de détail, que l'assimilation de notre contrat au mandat a été professée par les anciens auteurs.

Le médecin, dit Pothier, ne saurait être un locateur de services. La « récompense ordinaire » qui leur est accordée par

(4) Besançon, 8 avril 1903 : Sté X... c/ Dr P..., cité par Salats, thèse, page 23.

(5) Cass. Civ., 24 avril 1914 : Dr Arrufat c/Cie d'assurances l'Urbaine et la Seine, D. 1917. 1. 1.

(6) Trib. Civ. Cambrai, 15 mars 1900 : veuve Legrand c/Dr T... « Le Droit », 12 juin 1900.

leurs clients, n'est pas le paiement d'un service. « Observez », dit-il (7), « une différence entre les récompenses et le loyer d'un service appréciable. Lorsque j'ai payé ce loyer, je suis entièrement quitte envers celui qui me l'a rendu, je ne lui dois ni remerciements, ni reconnaissance. Mais, quoique j'aie payé la récompense qui est dûe par l'usage pour des services qui dépendent d'une profession libérale, tels que ceux d'un médecin, cette récompense que j'ai payée, n'étant pas le prix de ses services, qui sont inestimables, elle ne m'acquitte pas envers celui qui me les a rendus, de la reconnaissance que je lui dois pour ces services ». C'est donc parce qu'il s'agit d'une profession libérale, de services inestimables, qu'on repousse ainsi l'assimilation aux métiers ordinaires, aux services appréciables facilement en argent. Nous ne sommes pas très éloignés d'un semblable sentiment. Sans doute, n'irons-nous pas jusqu'à partager l'irascible vertu de Troplong, assez surprenante, étant donné la vie publique de celui-ci, stigmatisée par Hugo, parce qu'elle ne brillait pas par l'indépendance et le détachement des honneurs matériels. « Le matérialisme vaincu de bien des côtés, écrivait ce jurisconsulte (8), et chancelant dans les convictions, cherche à faire sa rentrée dans la société par l'industrialisme... Cette doctrine m'a toujours inspiré un profond dégoût; car elle rattache tous les mobiles de l'homme à l'intérêt.... Il n'y a pas de trésor qui puisse acheter les sentiments sympathiques et le dévouement à l'humanité. Ces choses-là se donnent; elle ne se vendent pas ». Mais le caractère incontestablement « noble » de la profession, l'indépendance nécessaire à son exercice, ne nous paraissent effectivement pas compatibles avec la notion de louage de services qui suppose une certaine subordination.

Cependant, partis de là, il nous apparaît impossible, et ce n'est plus aujourd'hui sérieusement soutenu, de dire avec ces auteurs que, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un louage, il ne peut s'agir que d'un mandat. Si cette théorie a pu être jadis soutenue, c'est que la notion du mandat, encore imprégnée de droit romain, n'était pas ce qu'elle est devenue en droit contemporain. Pothier écrivait encore : (9) « Le contrat de mandat

(7) Pothier : *Œuvres*, édition Bugnet, 2<sup>e</sup> éd., t. V, 1861. 27.

(8) Troplong : *De l'Echange et du Louage*, t. II, Paris 1852. 807.

(9) Pothier : *Œuvres*, édition Bugnet, 2<sup>e</sup> éd., t. V, 1881, pages 171 et 181.

est un contrat par lequel un des contractants confie la gestion d'une ou de plusieurs affaires, pour la faire en sa place et à ses risques, à l'autre contractant qui s'en charge gratuitement et s'oblige à lui en rendre compte... Il est de l'essence du mandat qu'il soit gratuit. « C'est donc une notion assez floue, qui implique le fait d'agir gratuitement pour le compte de quelqu'un.

89 *Caractères généraux du mandat qui interdisent l'assimilation.* — Mais il est vrai que Pothier ajoute (10) : « Pour qu'une affaire puisse être la matière d'un contrat de mandat, il faut... que ce soit une affaire de telle nature que le mandant puisse être censé la faire par le ministère de celui qu'il en a chargé ». C'est là qu'on commence à discerner le mandat moderne, très différent, sans doute, du mandat romain, rien ne prouvant d'ailleurs, et au contraire, que les rédacteurs du code aient voulu reproduire les principes romains du mandat (11). C'est là l'indication de la raison profonde pour quoi il est impossible d'assimiler au mandat le contrat médical.

Cette dernière remarque de Pothier contient en germe ce qui constitue aujourd'hui, surtout depuis Aubry et Rau, l'essence même du mandat, l'idée de *représentation*. Le mandataire prend, pour une opération juridique déterminée, la place du mandant. Il accomplit un acte que celui-ci aurait la faculté de faire lui-même, mais qu'il se trouve matériellement empêché de mener à bien. Déjà Duvergier (12) et Laurent (13) ajoutent très justement que le mandataire agissant pour le mandant, peut l'engager. « Une seule définition du mandat est possible... » écrit M. Ch. Falque-Pierrotin, dans un récent et important ouvrage sur le mandat (14) (où il pense pas une seconde, et pour cause, à parler du contrat médical), « le mandat est un contrat par lequel une personne s'oblige gratuitement envers une autre à accomplir pour elle des actes juridiques ». Pour elle, et en

(10) Pothier, *op. cit.*, p. 173.

(11) Paul Pont : *Des petits contrats*, t. I, Paris, 1867. 825. \*

(12) Duvergier : *Continuation du Droit Civil Français de Toullier*, t. 4, Paris, 1837. 272.

(13) F. Laurent : *Principes de Droit Civil Français*, Bruxelles-Paris, 1877, t. 27. 334.

(14) Charles Falque-Pierrotin : *Les éléments constitutifs du contrat de mandat* ; thèse Caen, 1933, p. 161.

ses lieu et place, pourrait-on ajouter de façon à bien marquer cette idée de substitution.

Or il est de toute évidence que le chirurgien n'accomplit pas un acte à la place et au nom du client. L'opération qu'il pratique ne rentre pas dans les capacités (au sens commun du mot) de son client. Le client ne se décharge pas sur le chirurgien du soin qu'il pourrait assumer lui-même de pratiquer sur lui-même une opération chirurgicale. Il ne charge pas le chirurgien de le représenter. Le chirurgien, au contraire, accomplit un acte de sa fonction, que seul il peut mener à bien et où il ne représente personne que lui-même. Il n'agit à la place de personne. Il accomplit un acte juridique qui rentre dans son domaine propre.

Aussi, au fur et à mesure que le contrat de mandat apparaissait dans la clarté de sa véritable nature actuelle, a-t-on pu repousser l'assimilation au mandat du contrat médical, et, en général, des contrats auxquels donne naissance l'exercice des professions libérales. Les grands arrétistes de la fin du siècle dernier l'ont expressément marqué. Glasson (15) s'appuie sur l'idée de représentation, caractère essentiel du mandat, absente dans le contrat médical. Labbé également, qui écrit (16) : « Il ne suffit pas d'agir *pour* le mandant, il faut encore agir en son nom ». Le note de Labbé, d'ailleurs, montre fort bien comment le mandat français diffère du mandat romain et comment la confusion a pu s'établir en ce qui concerne notre contrat. Le mandat romain n'admettait pas la représentation. Il était caractérisé par la gratuité de l'opération. « Le mandataire rend un service d'ami », continue Labbé, « un service inappréciable; si on veut lui faire accepter une récompense, on ne le ravale pas au rang des mercenaires; on l'*honore*, on le prie de recevoir des honoraires, non comme un prix du service, mais comme un gage de reconnaissance. Le mandat n'en existe pas moins avec sa gratuité essentielle ». C'est donc en raison de la nature de l'honoraire que la confusion a pu s'établir. Mais comme le caractère gratuit du mandat est de moins en moins l'essence de ce contrat, en raison du fait qu'en pratique on trouve maintenant de plus en plus des mandats assortis de conventions à titre onéreux, un autre critérium lui a été substitué : l'idée de représentation.

(15) Glasson, note au D. 1890. 2. 281.

(16) Labbé, note au S. 1893. 1. 497.

Cela suffit, sans qu'il soit besoin d'y insister plus longtemps, pour qu'il ne soit pas possible de voir un mandat dans le contrat d'opération chirurgicale.

## SECTION II

### GESTION D'AFFAIRES

90. *Impossibilité de voir dans le contrat médical une gestion d'affaires.* — Lorsque certains pensaient que notre contrat était susceptible de constituer un mandat, ils admettaient en même temps qu'il pût aussi être considéré comme une gestion d'affaires (17). Que dire de cette seconde opinion ?

La gestion d'affaires est l'accomplissement spontané, par une personne, qui n'en a donc pas été chargée, d'un acte juridique dans l'intérêt d'autrui. Ce caractère spontané la distingue du mandat qui « est une gestion d'affaires entreprise en vertu d'une convention ou en vertu de la loi ». (18) Donc tout ce que nous avons dit du mandat, pour montrer en quoi il diffère de notre contrat, doit aussi s'appliquer à la gestion d'affaires. Le chirurgien lorsqu'il pratique une opération sur un patient, ne gère pas l'affaire de celui-ci. Il n'accomplit pas un acte que son malade pourrait accomplir et pour lequel il se substituerait simplement à celui-ci de façon spontanée.

Mais, en outre, le caractère spontané de la gestion d'affaires vient encore s'opposer à ce qu'on y englobe le contrat d'opération chirurgicale. Il signifie qu'il n'y a pas, à la naissance de la gestion d'affaires, un échange de volontés. C'est pourquoi la gestion d'affaires est rangée parmi les quasi-contrats. Or les relations entre médecins et clients, nous y avons assez insisté, sont évidemment d'ordre contractuel. Lorsqu'un malade vient trouver un chirurgien et convient avec lui d'une opération moyennant un honoraire donné, il y a bien là un échange de volontés et il est impossible d'y voir un quasi-contrat, et de dire qu'il s'agit d'une gestion d'affaires.

(17) Agen, 4 mars 1889 : X... et Ladois c/Charroy, D. 1890, 2. 281.

(18) Planiol et Ripert : *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. II, 1926, 2273.

91. *Cas où une gestion d'affaires précède la formation du contrat.* — Cependant la notion de gestion d'affaires ne doit pas être écartée péremptoirement de notre étude. Sans doute y a-t-il incompatibilité entre la notion de contrat et celle du quasi-contrat de gestion d'affaires. Sans doute l'essence du contrat d'opération chirurgicale exclut-elle l'assimilation à la gestion d'affaires de l'ensemble des relations entre praticiens et clients

Mais il peut se trouver certains cas où, avant la naissance du contrat, et précisément pour y donner lieu, on rencontre un phénomène de gestion d'affaires. Il s'agit de tous les cas où l'opération est pratiquée sans le consentement exprès du malade jouissant de sa capacité juridique, les cas où un tiers accomplit, au nom du malade qui n'a pas donné son consentement, l'acte juridique de conclure le contrat médical.

C'est tout d'abord le cas où un tiers, quel qu'il soit, appelle un médecin dans l'intérêt du malade, celui de quelqu'un faisant venir l'homme de l'art au chevet de son parent (19), d'un hôtelier qui agit de même pour son client malade, du passant conduisant un blessé inanimé chez un chirurgien. Ce tiers est un gérant d'affaires. Il accomplit bien spontanément l'acte juridique qui consiste à conclure le contrat médical pour le malade qui ne l'en a pas chargé.

Mais on peut voir aussi une gestion d'affaires dans certains actes préliminaires du médecin lui-même. Cela se rencontre lorsque, *proprio motu*, alors qu'il est impossible d'obtenir le consentement du patient ou des siens, le médecin entreprend de le soigner et de l'opérer. Il le fait à titre de gérant d'affaires (20). Il faut alors bien prendre soin d'analyser avec précision le déroulement des opérations juridiques. Là encore, la gestion d'affaires ne recouvre pas l'entière activité du médecin et ne peut être retrouvée qu'au moment de la naissance du contrat. Il y a gestion d'affaires lorsque l'homme de l'art prend, en quelque sorte, sur lui de se faire venir lui-même et de contracter avec lui-même au nom du malade. Il y a ensuite contrat lors-

(19) Paris, 15 mars 1905 : Reynier c/Bonnet et Boutenjeun, D. 1907. 2. 357.

(20) R. Demogue : *Traité des obligations*, t. III, Paris, 1923. 13 et Trib. Civ. Toulouse, 2 juin 1904 : docteurs Bouchage et Rémond c/Coupette et époux Colomiès ; G. Trib., 25 septembre 1904.

que l'affaire du malade ayant été gérée en ce sens que l'initiative du traitement a été prise, le médecin remplit ses fonctions en prodiguant ses soins.

Cette distinction nous paraît extrêmement importante. Elle permet d'expliquer en effet, comment malgré les apparences, dans les relations entre médecin et malade, il y a toujours un contrat, même lorsque le malade n'a pas donné son consentement explicite. On aurait presque pu déduire qu'il y a encore contrat dans le cas que nous avons envisagé (cf. supra, N° 7), du chirurgien qui opère, n'écoulant que sa conscience professionnelle, malgré la volonté contraire du patient. Prenant l'initiative d'opérer, quelle que soit la volonté du malade, le chirurgien aurait géré l'affaire de celui-ci. Il en serait résulté un contrat d'opération chirurgicale. Mais il semble admis (21) que l'action de gestion d'affaires n'est pas possible lorsque la gestion se produit malgré la défense formelle du maître. Il restera cependant, au chirurgien opérant dans ces conditions, pour le cas où l'opération aura réussi, l'action *de in rem verso* qui lui permettra de réclamer au malade la contrepartie de l'«enrichissement» de celui-ci (22).

On peut, en tout cas, conclure de cette analyse, que le droit du médecin, gérant d'affaires, aux honoraires, ne peut être discuté quel qu'ait été le résultat de ses soins. L'action de gestion d'affaires, en effet, suppose sans doute que la gestion a été utile, faute de quoi, le gérant ne peut être indemnisé. Mais, comme la gestion d'affaires, ce n'est que l'appel du médecin, son utilité doit être envisagée, non par rapport au résultat final des soins donnés, mais à la mise en jeu de ces soins. La gestion aura en tous cas été utile, si le malade avait besoin des offices du médecin, ce qui sera toujours le cas. D'ailleurs, en tout état de cause, les honoraires seront réclamés, non pas en vertu de la gestion d'affaires, mais en vertu du contrat auquel elle aura donné naissance et qui ne comporte pour le médecin, qu'une obligation de moyens et non de résultat.

(21) Maurice Picard : *La Gestion d'Affaires dans la Jurisprudence Contemporaine* ; Revue trimestrielle de Droit Civil, Paris 1922, pages 21 et 22.

(22) Cf. R. Demogue : *Obligations et Contrats Spéciaux*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1911, p. 435 : « Toute personne qui agit professionnellement en faveur d'un tiers et grâce à qui un enrichissement a pu être acquis par le tiers, a droit à la rémunération professionnelle ».

## SECTION III

## LOUAGE D'OUVRAGE

92. *Assimilation proposée du contrat médical au louage.* — On trouve, dans certaines décisions de jurisprudence, soit l'indication que le contrat médical peut être ou un mandat, ou un louage d'ouvrage ou de services (23), soit l'affirmation plus catégorique qu'il ne saurait s'agir que d'un louage de services (24). C'est, sauf une exception sur laquelle nous allons revenir un peu plus loin, à cette pétition de principe pure et simple, que se bornent les décisions favorables à l'assimilation de notre contrat au louage, tant ce parti leur paraît naturel.

93. *Cas du médecin lié à une administration.* — Il pourrait, en effet, paraître naturel, s'il s'agissait du contrat civil qui attache un médecin à des établissements hospitaliers, à des Compagnies d'assurances ou à des entreprises industrielles désirant assurer des soins médicaux à leur personnel. Vis-à-vis de ces administrations, bien que deux arrêts de Cours d'Appel (25), se soient prononcés en sens contraire, et malgré la qualité du médecin, lequel exerce une profession libérale (26), la Cour de Cassation a jugé que le contrat par lequel un établissement charge le médecin de prodiguer ses soins, moyennant une rémunération convenue, s'il n'est pas un contrat de la nature de ceux ressortissant à la juridiction prud'homale, constitue

(23) Trib. Civ. Bordeaux, 28 avril 1891 : C... c/D<sup>r</sup> de C... « Le Droit », 1<sup>er</sup> octobre 1891.

(24) Trib. Fédéral Suisse, 10 juin 1892 : D<sup>r</sup> Dormiann c/Hochstrasser, S. 1892. 4. 38. — Aix, 16 juillet 1931 : D<sup>r</sup> Nicolas c/époux Mercier, D. 1932. 2. 5. — Trib. Civ. Seine, 1<sup>er</sup> juin 1937 : époux Bonnell c/D<sup>r</sup> Versepuech; G. Trib., 25 janv. 1938. — Douai, 26 mars 1934 : Ménart c/D<sup>r</sup> Desplats, Rec. Douai, 1934. 178.

(25) Lyon, 7 déc. 1909 : Cie La Participation c/D<sup>r</sup> Boudin, D. 1913. 2. 73. — Douai, 21 juin 1932 : Sté de Secours des Mines de Marles c/D<sup>r</sup> B... Rec. Douai, 1932. 292.

(26) Trib. Civ. Seine, 24 mai 1921 : D<sup>r</sup> Ducray c/D<sup>r</sup> Daniel, S. 1924. 2. 57.

bien un louage de services (27), et qu'en conséquence, sa rupture peut donner lieu à l'ouverture du droit à indemnité (28).

Mais le contrat dont nous avons entrepris l'étude, n'est pas celui-là. Il est celui qui crée un lien de droit entre l'homme de l'art et le malade lui-même, en dehors de toute participation d'un tiers quelconque. Le fait, donc que, si une administration engage un médecin pour donner des soins à des malades, il pourrait en résulter un louage d'ouvrages ou de services, entre cette collectivité et ce médecin, ne saurait conférer cette même qualification au contrat tout différent, qui intervient entre le malade et le médecin. Dans le premier cas, il y a bien un lien de subordination entre le loueur et le locataire, celui qui consiste pour le médecin loueur à s'engager à fournir sa présence, à travailler dans un local déterminé, à accepter l'objet du travail qui lui est proposé (29). Dans le second cas, il n'y a évidemment aucune subordination du médecin vis-à-vis du malade. Subordination dans un cas, absence de subordination dans l'autre, ce n'est donc pas le même contrat, et les règles en usage dans le premier cas, ne peuvent être considérées comme applicables automatiquement dans l'autre. Il faut noter encore que, dans le premier cas, il s'agit pour l'homme de l'art, de s'engager à prodiguer ses soins à plusieurs personnes et en de multiples occasions, et que dans le second cas, il ne s'agit que d'un seul malade et d'une seule période de maladie. On peut voir entre ces deux cas, la même différence qu'entre le contrat qui lie un propriétaire et un gérant d'immeubles et qui, comprenant toute une série de mandats, constitue en réalité un louage d'ouvrage ou de services, et le mandat isolé, passé entre deux individus, pour un acte juridique isolé, qui peut être exclusif de tout louage d'ouvrage ou de services. On peut même affirmer que, lorsque le médecin est chargé par une administration de donner ses soins à un groupe de malades, s'il y a bien un louage entre le médecin et la collectivité, le contrat médical, qui unit le médecin et le malade auquel il est appelé à donner ses soins, garde sa nature propre. C'est de ce contrat, et non pas du louage

(27) Cass. Civ., 26 juillet 1938 : Dr Duclos c/Sèbe ; G. P., 20 oct. 1938. Voir aussi Cass. Civ., 17 mars 1937 : veuve Louradour c/Michel ; G. P., 1937. 1. 913.

(28) Cass. Civ., 3 mars 1926 : Dr Vaudrey c/Sté Ets Verminck, D. 1927. 1. 93, note Falcimaigne.

(29) Jean Lctort : *Louages de services en Médecine*. Les Archives du Droit Médical et de l'Hygiène, 1<sup>er</sup> juillet 1933.

de services, que se prévendra le malade qui aura à plaider contre le médecin (30).

94. *Raisons données pour justifier l'assimilation au louage.*

— Les auteurs, qui ont combattu l'assimilation de notre contrat au mandat, ont purement et simplement tiré, du principe qu'il ne s'agissait pas d'un mandat, la déduction qu'il s'agissait donc d'un louage (31). Laurent (32), rappelle que le caractère du mandat est le fait d'agir au nom du mandant et définit louage de service, toute obligation de faire qui ne comporte pas ce caractère. Baudry-Lacantinerie et Wahl (33) divisent les « services » en mandat, qui comporte la représentation du mandant, et louage, qui ne la comporte pas. Cette classification paraît par trop sommaire et il n'est pas possible de définir un contrat en l'opposant simplement à un autre type de contrat. Les activités humaines se répartissent en plus de deux types. Aux définitions négatives, le juriste nous semble devoir préférer les définitions positives.

Aussi Demante et Colmet de Santerre (34) précisent-ils que l'élément qui révèle le louage, c'est le travail, et qu'ainsi tout contrat, qui a pour objet de faire faire un certain travail moyennant un certain prix, est un contrat de louage. Huc (35), partage ce sentiment et puisque très justement, il combat l'idée que les productions de l'intelligence ne puissent faire l'objet de contrats, il range parmi les louages d'ouvrage les travaux dépendant des professions libérales.

Une analyse encore plus poussée conduit certains à préciser que notre contrat rentre dans une catégorie spéciale du

(30) Voir les espèces jugées par Pau, 1<sup>er</sup> mai 1900 : veuve Montastier c/D<sup>r</sup> A..., D. 1902. 2. 33 et Pau, 30 juin 1913 : D<sup>r</sup> Ribeton et Cie des Chemins de Fer du Midi c/dame Duvigneau, S. 1913. 2. 277, et supra n° 37.

(31) Duvergier : *Continuation du Droit Civil Français de Toullier*, tome 4, Paris, 1837. 272.

(32) Laurent : *Principes de droit civil français*, Paris-Bruxelles, 1877, t. 27. 333.

(33) Baudry-Lacantinerie et Wahl : *Du mandat*, Paris 1907, 3<sup>e</sup> édition, 377.

(34) Demante et Colmet de Santerre : *Cours Analytique de Code Civil*, tome VIII, Paris, 1884. 204 bis.

(35) Huc : *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, t. X, Paris, 1897. 379 et suiv. Voir aussi Rendu : *De la Responsabilité Civile des Médecins*, thèse droit, Paris, 1909, p. 26.

louage d'ouvrage, *l'entreprise* (36). Déjà, un arrêt ancien (37), ayant à trancher une question de présomption, au sujet de l'interprétation d'un contrat de louage de services, distinguait entre l'ouvrier qui n'exécute que des travaux d'une seule nature et commandés avec précision par le maître de l'ouvrage, et l'entrepreneur qui exécute des travaux de diverses natures, en vertu d'un marché à prix fait. Cette notion d'entreprise a, par la suite, été étendue. Le Répertoire Dalloz (38), distingue du louage de services des salariés, régi par l'article 1780 c. civ., le louage d'ouvrage, régi par les articles 1787 et suivants, par lequel une des parties s'engage envers l'autre à exécuter une œuvre ou une entreprise déterminée. C'est ce dernier louage, où le maître n'aurait ni la direction, ni la surveillance, qui serait un contrat d'entreprise. Entreprise et louage d'ouvrage seraient donc synonymes. Ambroise Colin (39) propose donc de qualifier d'entrepreneurs tous ceux qui offrent leurs services au public, en vue d'un ou de plusieurs ouvrages déterminés et d'appliquer en conséquence, le contrat d'entreprise, aussi bien aux travaux manuels qu'aux travaux intellectuels. Enfin MM. Planiol et Ripert (40), pour aboutir à une terminologie plus précise, et bien différencier les professions protégées par la législation du travail de celles qui ne le sont pas, proposent de substituer l'expression « *contrat de travail* », au « *louage de services* », et celle de « *contrat d'entreprise* » au « *louage d'ouvrage et d'industrie* ».

Un jugement récent (41), s'est astreint à pousser très loin l'analyse du contrat médical. Il s'agissait de voir si ce contrat constituait bien un louage d'ouvrage ou d'industrie, dont les contestations auxquelles il peut donner lieu rentrent dans le

(36) Planiol, Ripert, Rouast, Savatier et Lepargneur : *Traité pratique de droit civil*, tome XI, Paris, 1932. 776.

(37) Cass. Req., 27 janvier 1851 : Barbier c/de Rotschild, D. 1851. 1. 166.

(38) *Répertoire pratique Dalloz*, V° Louage d'ouvrage et d'industrie. 2, 22 et 23.

(39) A. Colin, *Mélanges : Rapport préliminaire de la Commission de révision du Code Civil* ; Bulletin de la Sté d'Etudes législatives, Paris 1905, p. 453.

(40) Planiol, Ripert, Rouast, Savatier et Lepargneur : *Traité de droit civil français*, tome XI, Paris, 1932, p. 20.

(41) Trib. Civ. Châlons-sur-Saône, 13 oct. 1936 : Dr Perrin c/Saint-Bonnet ; G. P., 1936. 2. 853.

cadre du nouvel article 2 al. 4 C. proc. Civ. et peuvent être ainsi portées devant le juge du lieu où la convention a été contractée ou exécutée. Il serait fort intéressant pour le corps médical de pouvoir bénéficier de cette disposition légale, car elle permet de poursuivre le client de passage récalcitrant, devant le Tribunal même dans le ressort duquel est domicilié le médecin. Le Tribunal de Châlons distingue alors le cas où le praticien a été sollicité par le client et celui où il a été imposé à celui-ci. Dans le premier cas, dit-il, il n'y a vraiment pas de mandat. Le médecin n'entre pas sous la dépendance du client, exerce une profession libérale, fournit un travail moyennant une rémunération, ce qui constituerait donc, non pas un louage de services, mais un louage d'ouvrage ou entreprise. L'intervention du médecin en dehors de la volonté du client constituerait, au contraire, d'après ce jugement, un contrat innomé, qui bénéficierait également des dispositions de l'art. 2, al. 4 c. proc. civ., lequel parle des « contestations relatives à des fournitures, *travaux*, locations, louages d'ouvrage ou d'industrie » (42). On ne saisit donc pas l'intérêt pratique que le tribunal pouvait voir à distinguer les deux cas. Il nous semble d'ailleurs que la convention existe dans les deux cas, et que dans les deux cas aussi, elle sera beaucoup mieux qualifiée contrat innomé que louage d'ouvrage ou d'entreprise.

95. *Inexactitude de l'assimilation au louage.* — Les textes légaux relatifs au louage ne nous paraissent pas, du fait même de leur rédaction, pouvoir être étendus au contrat médical. Celui-ci ne répond pas aux définitions qu'ils donnent. La section du code où il est question du louage de services s'intitule « du louage des domestiques et ouvriers », et chacun est d'accord pour rejeter l'assimilation à cette catégorie de louage, en raison, notamment, de l'incontestable subordination qu'elle implique.

La section qui traite du louage d'ouvrage nous paraît avoir, de son côté, un champ d'application très limité. Elle est intitulée

(42) La Cour de Cassation, Ch. Civ., 13 juil. 1937 : D<sup>r</sup> Parin c/Barès; G. P. 1937. 2. 384, a cependant décidé que du fait que le contrat médical n'était pas un louage, il ne pouvait rentrer dans l'énumération de l'art. 2, al. 4 c. pr. civ., la prestation du médecin ne pouvant pas d'autre part être assimilée aux « fournitures et travaux » visés par ce texte.

lée « des devis et des marchés » et tous ses articles ne font allusion qu'au travail sur une chose, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent s'appliquer qu'à un travail matériel. L'art. 1787 stipule que celui qui fait un ouvrage peut fournir seulement son travail, ou fournir *aussi* la matière, ce qui implique donc bien qu'en tous cas le travail s'exerce sur une matière, objet de propriété, fournie par l'une ou l'autre des parties. L'art. 1791 parle d'ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure. L'art. 1792 parle d'édifices. L'art. 1793 parle de la construction à forfait d'un bâtiment. L'art. 1796 parle de la valeur des ouvrages faits et des matériaux préparés. Les articles 1798 et 1799, enfin, parlent des maçons, charpentiers et autres ouvriers. Aucun de ces articles ne semble pouvoir s'appliquer aux travaux de l'esprit, exception faite d'une allusion à l'architecte jouant occasionnellement le rôle d'un entrepreneur contenue dans l'art. 1793. Voilà donc déjà un argument de texte qui s'oppose à l'assimilation.

Mais le contenu même de notre contrat l'empêche de coïncider avec le louage.

M. Jossierand (43), signale que si le contrat d'entreprise est dissout par la mort de l'entrepreneur, le décès du maître, au contraire, est sans influence. Or, s'il est, dans le contrat médical, une cause de dissolution, faut-il dire fréquente, normale, ou plutôt facilement concevable, c'est bien la mort du malade, lequel jouerait, s'il s'agissait d'une entreprise, le rôle du maître.

M. Savatier (44), donne comme critérium de l'entrepreneur le fait qu'il prend entièrement un travail à ses risques. Rien de semblable dans le contrat médical, où le risque est tout entier couru par le client. De deux choses l'une : ou bien le risque, au sens normal du mot, c'est la mauvaise chance que l'on court, et, dans notre cas, il est constitué par l'état maladif du client. C'est donc bien celui-ci qui le supporte. Ou bien le risque, au sens juridique du mot, c'est la disparition de l'objet du contrat, et dans notre cas, il correspond à la mort du client. Si celle-ci entraîne la dissolution du contrat, elle ne diminue en rien les droits du médecin à percevoir la rémunération de ses services.

En ce qui concerne la résiliation du contrat, il faut aussi noter une différence essentielle avec le louage. C'est M. Pilon qui

(43) Jossierand : *Cours de droit civil positif français*, tome II, Paris 1930. 1308.

(44) R. Savatier : note au D. 1923. 1. 5.

l'a soulignée (45) «... On s'aperçoit bien vite que pour être un contrat, et un contrat synallagmatique, le contrat médical a un caractère spécifique... A vouloir le faire rentrer dans le louage d'industrie, on le soumet à une résiliation qui, en principe, sera conventionnelle, alors qu'on ne conçoit pas et qu'il n'est pas admissible qu'un malade ne puisse pas brusquement, par sa seule volonté et sans s'exposer à des dommages-intérêts, renvoyer son médecin, l'eût-il demandé et fût-il même son médecin habituel, s'il croit qu'il fait fausse route et qu'il sera mieux soigné par un autre. Et de son côté, si le médecin est tenu de ne pas abandonner le malade... ne pourra-t-il se dégager... s'il se trouve en présence d'un malade par trop exigeant ou fantasque ? »

Enfin il est indéniable que, si l'entrepreneur n'est pas le préposé de son client, il subsiste tout de même entre eux un certain lien de subordination, une certaine obéissance. Le client d'un entrepreneur de plomberie ou de maçonnerie pourra surveiller la marche du travail, et imposer telle ou telle modification. L'entrepreneur, note M. Savatier (46), est soumis à une certaine surveillance, dont cependant le droit n'appartient pas à celui qui emploie un médecin, un avocat, un artiste. Le client de l'entrepreneur n'est pas tenu de faire à celui-ci une aveugle confiance. Il peut coopérer à la conduite des travaux et modifier les vues primitives de l'entrepreneur. Le client du médecin, pendant la durée du contrat, ne peut faire autrement que de s'en remettre entièrement aux soins du praticien, avec lequel il ne saurait se permettre de coopérer. Cette différence est trop essentielle pour ne pas entraîner une classification différente et pour interdire une assimilation entre les deux contrats. C'est elle qui a porté, jadis, la Cour de Cassation, à valider la convention par laquelle un médecin s'obligeait à donner, pendant toute sa vie, les soins de son art à une personne et aux gens de sa maison, alors que le louage à vie est prohibé (47).

Toutes ces raisons font qu'il est nécessaire de revenir à la distinction entre les travaux de l'esprit et les travaux maté-

(45) Note signée E. P., XVIII au D. 1936. 1. 88.

(46) R. Savatier : note au Dalloz 1923. 1. 5.

(47) Cass. Req., 21 août 1839 : Feuchères c/D<sup>r</sup> Mojon. Rep. Dalloz V<sup>o</sup> Louage d'ouvrage, N<sup>o</sup> 27. — E. H. Perreau : *Éléments de jurisprudence médicale*, Paris 1908, pages 200 et suiv.

riels. Non point parce que les uns seraient nobles et les autres vulgaires, ce qui serait un raisonnement absurde, à bon droit depuis longtemps écarté. Mais parce que, tout simplement, il existe dans la conduite de ces travaux, d'importantes différences de fait et de droit. Les conditions d'exercice n'en sont pas les mêmes. Aussi, M. Savatier (48) voudrait classer ceux qui travaillent en trois catégories : les salariés, les commerçants, les professions libérales. M. Josserand (49), de son côté, voit dans le contrat médical, une sous-catégorie de l'entreprise « à laquelle il serait grand temps de donner un nom et un statut particulier ».

Il nous semble qu'il faut aller plus loin encore. Puisqu'on constate que notre contrat nécessite un statut particulier, c'est que celui du louage d'ouvrage ne lui convient pas. Le contenu du louage et celui du contrat médical ne coïncident pas. Le contrat médical ne saurait donc être qualifié de louage d'ouvrage.

#### SECTION IV

##### INEXISTENCE DE TOUT LIEN CONTRACTUEL

96. — Après avoir passé en revue les contrats spéciaux et les avoir éliminés l'un après l'autre, certains auteurs, et non des moindres, ont émis l'idée qu'on ne pouvait qualifier de contrat le lien qui unit le médecin au client. Aubry et Rau écrivent (50) : « Les actes dépendant d'une profession littéraire, scientifique, ou artistique ne (peuvent)... directement et en eux-mêmes, former l'objet d'un engagement civilement obligatoire ». Et Guillouard (51), se ralliant à cette opinion, après s'être refusé à assimiler le travail manuel au travail intellectuel, ajoute que, pour le médecin, l'honoraire modique ne représente pas ses fatigues, ses insomnies, ses préoccupations, ses tristesses,

(48) R. Savatier : *Vers la socialisation du contrat de louage d'industrie* ; Dh. 1934, Chronique, p. 40.

(49) Josserand : *op. cit.*, 1287.

(50) Aubry et Rau : *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> édition, tome V, Paris, 1907. 371 bis.

(51) L. Guillouard : *Du contrat de louage*, t. II, 3<sup>e</sup> édition, Paris, 1891.696 ; *Du contrat de mandat*, Paris, 1893. 30.

que l'intelligence ne se loue pas et n'est pas dans le commerce, et qu'en conséquence, aucune action contractuelle n'est possible.

Une semblable opinion se heurte tout d'abord à la réalité des faits. Il n'appartient pas au juriste qui examine, *ex cathedra*, une institution, de la façonner comme il lui plaît, sans avoir égard à la vie propre qui est la sienne. Ce que nous persistons à appeler notre contrat, existe indépendamment de la doctrine, a été créé par les relations des hommes qui ont traité entre eux au sujet des questions qui nous intéressent, et doit être observé à travers les décisions de justice qui en ont tracé les contours. L'étude de jurisprudence, à laquelle nous nous sommes livrés, nous montre qu'en fait, dans la vie de tous les jours, les tribunaux ont sanctionné l'existence d'un contrat et appliqué au sujet de l'exercice de la profession médicale les règles classiques des contrats.

Les Tribunaux avaient raison et ne pouvaient faire autrement. L'opinion d'Aubry et Rau et de Guillouard nous semble, en effet, être aussi contraire aux règles du droit des contrats, qu'aux constatations d'expérience.

Puisqu'il y a rencontre des volontés, création d'obligations et objet d'intérêt juridique, il y a contrat.

Si, en effet, il y a, comme nous l'avons vu, intérêt à distinguer les travaux de l'esprit des travaux matériels, parce qu'ils sont régis par des règles plus souples, cela ne veut absolument pas dire que les premiers échappent au droit des contrats. Ils donnent lieu à une autre sorte de contrats, tout simplement. On constate tous les jours, qu'effectivement, il se forme à leur propos des engagements civils obligatoires, le médecin s'engageant à donner au client des soins consciencieux et éclairés, le client s'engageant à se soumettre à ces soins, à rémunérer le praticien, etc. Si l'intelligence n'est pas dans le commerce, cela veut, tout simplement dire que les professions libérales ne sont pas commerciales. Cela ne peut vouloir dire que l'activité intellectuelle ne puisse faire l'objet d'un contrat civil. Enfin, si les prestations intellectuelles ne sont pas évaluables en argent avec autant de précision que la fourniture d'objets qui sont dans le commerce, et dont le prix est plus ou moins uniformisé par un barème (ce qui à la base, peut d'ailleurs être considéré comme tout aussi arbi-

traire), il est hors de doute que lorsque le client paye un honoraire, c'est bien la prestation du chirurgien qu'il entend rémunérer. L'homme de l'art vit de son travail. Celui-ci peut donc bien constituer l'objet d'intérêt juridique d'un contrat. Affirmer le contraire, ce n'est donc qu'une pétition de principe, à quoi la vie et le droit infligent un démenti formel.

## CHAPITRE II

### DEUX ÉLÉMENTS PARTICULIERS AU CONTRAT

#### SECTION I

##### LE RISQUE

97. *Le risque dans les professions libérales.* — Nous avons pu, au cours de cette étude, rencontrer, dans l'analyse de notre contrat, deux éléments qui lui confèrent une nature très particulière et qui concourent, comme en général pour les autres professions libérales, à le soustraire à la classification habituelle des contrats spéciaux. Il s'agit du *risque* et de la *confiance*.

Lorsque l'on conclut un contrat ordinaire, on pose en principe que l'acte que l'on a en vue, se déroulera normalement. Si un commerçant de Paris achète à Montereau une péniche de sable qui doit lui être livrée, rien ne s'oppose *a priori* à ce que la marchandise lui parvienne normalement. Il y compte, et il ne lui vient pas à l'idée qu'il puisse ne pas recevoir le chargement tel qu'il l'a commandé. Ou plutôt si un mécompte se produit, disparition de la marchandise, livraison non conforme, la résiliation du contrat s'en suivra. Si un individu loue un appartement au propriétaire d'un immeuble, c'est pour en jouir normalement et paisiblement. Le bail pourra être résilié, si un événement fortuit ne permet pas au contrat son exécution normale telle que les parties l'avaient prévue. Dans les contrats ordinaires, tout doit se passer normalement, dans le sens heureux que les parties ont voulu ensemble. Advient-il une cause anormale qui empêche ce déroulement heureux : l'existence même du contrat est mise en cause et il y a lieu à résiliation.

Lorsqu'au contraire le malade traite avec le chirurgien, il sait parfaitement que l'opération pourra ne pas réussir, que la

guérison pourra n'être pas obtenue, que même la mort pourra survenir. Le but que se seront assigné les deux parties ne sera peut être pas atteint. Cependant l'existence du contrat pourra n'en être pas affectée.

On retrouve ici la distinction capitale des obligations de moyens et des obligations de résultat (1). Dans les professions libérales, celui de qui la prestation de services est requise, ne contracte en général qu'une obligation de moyens. Le risque que le but poursuivi ne soit pas atteint doit donc toujours entrer dans les prévisions de ceux qui contractent, et particulièrement lorsque le contrat a pour objet une opération chirurgicale.

98. *Risque incombant normalement au client.* — En matière de responsabilité quasi délictuelle, la théorie du risque, qui semble recueillir une faveur de plus en plus marquée de la part de la jurisprudence et répondre d'ailleurs aux nécessités et aux complications de la vie moderne, considérant que toute activité humaine entraîne des risques, fait supporter les conséquences de ceux-ci à celui qui agit, parce qu'il a créé le risque à son profit, même si on ne relève contre lui aucune faute positive en dehors de la création du risque. Dans notre contrat celui qui agit, c'est le chirurgien. Cependant, s'il remplit son obligation de prudence, de conscience et de clairvoyance, ce n'est pas lui qui supportera les conséquences du risque. Son co-contractant ne pourra lui reprocher la non réussite de l'opération.

C'est qu'à la différence de ce qui se produit normalement le risque ici n'est pas en réalité créé par celui qui agit, mais par celui sur qui l'on agit, ou alors qu'il est créé dans l'intérêt de celui-ci.

En effet, le risque ne réside pas dans l'intervention du chirurgien, il ne résulte pas du contact du bistouri avec le corps du patient. Il leur est préexistant. Il résulte de l'état maladif du client. Le risque que court celui-ci, c'est de succomber à l'état pathologique dont il souffre. C'est donc lui, qui en est le créateur, et non pas le chirurgien. Si l'opération comporte intrinsèquement des risques, ceux-ci n'interviennent que, pour ainsi dire, à titre secondaire, parce que préexiste un risque bien supérieur, qui provient du fait du malade lui-même.

(1) Cf. René Demogue : *Traité des obligations*, tome V, Paris, 1925. 1237.

Mais d'autre part, la *cause* du contrat, supérieure aux motifs qui font agir chaque partie, la raison pour laquelle les parties se sont rencontrées, c'est la nécessité de tenter de guérir le malade. Si donc un risque était créé par le fait d'opérer, l'activité, au cours de laquelle il pourrait se manifester, serait dirigée dans l'intérêt du patient.

C'est alors à celui-ci qu'incombe le risque. S'il en était autrement, si le chirurgien était responsable de la non-réussite de l'opération (car c'est cela qu'impliquerait pour lui normalement la charge du risque), on aboutirait purement et simplement à la suppression de l'activité chirurgicale. C'est ce qu'a marqué Henri-Robert (2) avec éloquence : « Si l'on est passible des tri-  
« bunaux, de la police correctionnelle, si l'on peut être arrêté et  
« déshonoré pour avoir, en présence d'un cas grave, risqué une  
« opération sans l'avoir réussie, mieux vaut s'abstenir, laisser  
« le malade mourir de sa belle mort. Voilà ce que l'on dit, voilà  
« ce que l'on répète partout entre médecins, et tous, d'un com-  
« mun accord, d'un avis unanime, à la théorie de l'inquisition,  
« vous répondraient par la pratique de l'abstention ! C'est le  
« régime des bras croisés devant la souffrance, le régime du  
« *laisser mourir* que vous inaugureriez ».

C'est pourquoi le fait que le risque incombe au client doit être considéré comme un des éléments du contrat. L'adhésion par le malade au contrat doit donc impliquer pour lui l'acceptation de ce risque, « l'acceptation des suites et des conséquences, heu-  
« reuses ou malheureuses, avantageuses ou préjudiciables, du  
« traitement ou de l'opération » (3).

99. *Risque non créé par le malade et ne lui incombant pas.*  
— Toutefois, lorsque les conditions exigées pour que le risque incombe à l'une des parties ne se retrouvent pas contre le malade, ce pourra être au praticien à supporter les conséquences de ce risque si le malade n'en a pas expressément accepté la charge.

C'est ce que nous avons vu dans le domaine de la chirurgie esthétique (cf supra n° 58). Si le chirurgien s'abstient d'opé-

(2) Henri-Robert. Plaidoirie pour le docteur Laporte devant le tribunal correctionnel de la Seine, le 22 octobre 1897. Payen : *Anthologie des avocats français contemporains*, Paris, 1914, p. 388.

(3) P. Garraud et M. Laborde-Lacoste : *Le rôle de la volonté du médecin et du patient*. Revue générale du droit, de la législation et de jurisprudence, Paris, 1926, pages 129 et suiv. 10.

rer lorsque le client ne souffre pas d'un mal à guérir, mais d'une simple imperfection physique à faire disparaître ou dissimuler, le client ne court aucun risque. Un risque n'apparaît que si le chirurgien opère. Ce n'est pas alors l'état maladif du client qui le crée. C'est l'activité du chirurgien à qui il doit exclusivement son existence. Le chirurgien crée le risque, et non pas le client. Le chirurgien en supportera donc la charge (4).

Cependant, comme nous sommes en matière conventionnelle, les parties peuvent convenir qu'il en sera autrement. Si le client est expressément éclairé sur les risques graves (et peut être hors de proportion avec l'imperfection à corriger) que doit comporter l'intervention, et si, en toute connaissance de cause, il donne son consentement à l'opération, il accepte par là même la charge du risque et en décharge le chirurgien (5).

On a aussi soutenu que, dans le cas où le praticien n'avait pas consulté son client avant de pratiquer une opération quelconque, il assumait tous les risques et pouvait se voir imputer tous les résultats malheureux de l'opération quelle que fût leur cause directe ou indirecte (6). On peut justifier cette opinion, en disant que le malade, n'intervenant pas au contrat, n'apporte pas le risque purement opératoire, lequel ne serait pas né sans l'intervention spontanée du chirurgien. Le malade n'adhérant pas au contrat, il n'accepterait donc pas le risque.

Mais, antérieurement au risque opératoire, il y a bien cependant le risque général qui résulte de l'état pathologique du malade. L'opération a été pratiquée dans son intérêt. Il paraît donc plus conforme à l'équité et à la théorie générale des risques médicaux que nous venons de développer, de faire, ici encore, supporter le risque au patient. Le mécanisme juridique qui peut permettre d'y parvenir est de faire intervenir la notion de gestion d'affaires (cf supra n° 8), le malade participant bien à la formation du contrat par l'intermédiaire du chirurgien, gérant d'affaires dans son intérêt, et l'opération rentrant alors dans le cadre normal.

(4) Paris, 22 janvier 1913 : D<sup>r</sup> Delherm c/Dlle Calou, D. 1913. 2. 73, note Denisse, S. 1918-1919. 2. 97, n. Perreau.

(5) Paris, 12 mars 1931 : D<sup>r</sup> Dujarrier c/époux Leguen, D. 1931. 2. 141, note Jean Loup, S. 1931. 2. 129, note Perreau.

(6) Gabriel Bru : *La responsabilité civile des médecins*, thèse droit Lyon, 1911, p. 113. — Liège, 30 juillet 1890 : D<sup>r</sup> Deschamps c/Demarche, D. 1891. 2. 281.

## SECTION II

## LA CONFIANCE

100. *Confiance du client envers le médecin.* — Nous avons vu (cf supra n° 95) que le client ne pouvait que s'en remettre entièrement au praticien sans chercher à coopérer avec lui pour la direction du traitement. Il n'a pas son mot à dire dans le choix des moyens, tout entier laissé à l'homme de l'art. Celui-ci n'est soumis à aucune subordination, patente comme dans le louage de services, ou larvée comme dans l'entreprise. Il en résulte donc que notre contrat implique obligatoirement la confiance absolue du client vis-à-vis du médecin (7).

C'est l'intérêt du client que de donner cette confiance aveugle à l'homme entre les mains de qui il a placé le soin de tenter de lui redonner la santé. Nous avons vu (cf supra n° 17) que le malade doit faire confiance au chirurgien à qui il a, au fond, simplement dû demander de pratiquer l'opération qui serait nécessaire pour le débarrasser des souffrances qu'il endure (8). Au cours de l'intervention, le chirurgien doit être laissé libre de s'orienter dans tel sens qu'il jugera nécessaire aux intérêts du malade, sans avoir à prendre l'avis de celui-ci. Avis, en effet, d'une part peu autorisé, et d'autre part impossible à obtenir en cours d'opération grave sans préjudice sérieux pour le patient. Nous avons même vu un exemple (9) où le manque de confiance du client, lequel avait cherché à contrôler les agissements du chirurgien, avait annihilé les résultats heureux qu'on aurait pu escompter d'une intervention. Il s'agit de l'opération où l'on avait substitué à un déplacement des testicules qui eut été inutilement dangereux, l'insertion dans les bourses, de testicules postiches destinés à donner au patient les apparences d'une virilité, qui pour être cachée n'en était pas moins réelle, et dont seule l'absence d'apparences était cause d'un état neurasthénique.

Mais si cette confiance conduit à laisser au chirurgien une grande indépendance, elle comporte des contreparties destinées

(7) Liège, 30 juillet 1890 : Dr Deschamps c/Demarche, D. 1291. 2. 281.

(8) Paris, 28 juin 1923 : époux N... c/Dr Lenormant, D. 24. 2. 116.

(9) Bordeaux, 13 juin 1910 : H... c/Dr Villar. « Le Droit », 26 novembre 1910.

à garantir le client contre les excès qu'une liberté d'allure absolue pourrait entraîner chez un praticien peu consciencieux.

On peut dire tout d'abord que la confiance est conférée par le client personnellement au médecin avec lequel il traite. Le malade a choisi tel médecin, et non pas tel autre. Il a peut-être ses raisons pour cela. Il peut exiger du médecin des prestations d'une qualité égale à celles qu'il a la réputation de pouvoir fournir (cf supra n° 32). Aussi cette confiance implique-t-elle pour le médecin l'obligation de remplir personnellement la prestation qu'il s'est engagé à fournir (10). C'est pourquoi la vente de la clientèle médicale doit être déclarée nulle (11). Le médecin ne peut disposer d'une clientèle qui n'a fait confiance qu'à lui seul et qui ne lui a pas conféré le droit de se substituer un confrère. Le seul avantage qu'il puisse transmettre à un confrère est de le présenter à sa clientèle habituelle.

Cette confiance qui leur est conférée personnellement, que la société tout entière elle-même met en eux (12), les médecins ne peuvent en restreindre conventionnellement la portée. C'est pourquoi l'on ne conçoit pas que, dans le contrat médical, le médecin puisse insérer, à son profit, des clauses d'irresponsabilité.

Si le malade doit avoir confiance en son médecin, c'est parce qu'il sait que celui-ci mettra en œuvre toute sa conscience, et tout son savoir, savoir qui est tellement supérieur, dans l'art de guérir, au sien propre, qu'il lui est impossible de le contrôler, et que le médecin le tient ainsi en quelque sorte « à sa merci » (13). Cela entraîne pour le médecin l'obligation de consacrer au client l'intégralité de cette conscience et de ce savoir. C'est ce qu'un auteur, qui fonde le droit sur l'idée de confiance, M. Emmanuel

(10) Cela ne lui interdit évidemment pas, s'il est fort occupé, de faire effectuer, sous sa direction, quelques tâches secondaires à des élèves. Le client sait d'ailleurs parfaitement lorsqu'il contracte avec un grand maître que certaines petites interventions seront faites par des assistants, quitte à ceux-ci à en référer au « patron ». C'est d'ailleurs l'usage courant et normal dans les hôpitaux.

(11) André Graven : *Les médecins et le droit civil*, thèse droit Grenoble, 1925, p. 23.

(12) Jean Mazen : *Essai sur la responsabilité civile des médecins*, thèse dr. Grenoble 1934, p. 46.

(13) André Salats : *Les honoraires des médecins*, thèse droit, Paris, 1905, p. 34.

Lévy, traduit en disant (14) : « Les autres sont responsables « envers nous dans la mesure où nous avons besoin d'avoir « confiance en eux pour agir ». Si l'obligation fondamentale du médecin est restreinte, si sa responsabilité est limitée par rapport à la responsabilité médicale normale, si le patient ne peut plus compter sur tous ses soins (15), la confiance, alors, ne peut plus du tout subsister, car elle ne se fractionne pas. Comme elle est un des éléments essentiels et caractéristiques du contrat (16), l'économie de celui-ci s'effondre avec elle.

Au surplus, les clauses d'irresponsabilité se heurteraient à un autre principe général, celui qui interdit les conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La santé et la vie sont des biens au sujet desquels on peut sans doute contracter, puisqu'elles sont l'objet même du contrat médical, mais qu'on ne saurait aliéner. Et ce serait les aliéner que de conférer, par une clause d'irresponsabilité, le droit au médecin de leur porter impunément préjudice en négligeant son obligation de prudence et de conscience (17).

La formule que nous avons préconisée, en matière de chirurgie esthétique (cf. supra n° 58), et qui paraît obéir aux principes posés par l'arrêt Dujarrier du 12 mars 1931 ne constitue pas une clause d'irresponsabilité. Elle ne met pas à couvert en effet le chirurgien contre sa faute opératoire. Elle ne limite pas ses obligations. Elle a seulement pour but de prouver que le chirurgien a bien rempli l'obligation qui lui est faite, en cette matière, d'éclairer aussi complètement que possible le patient sur les risques qu'il court. Elle correspond à la confiance que le client est en droit d'avoir, que le chirurgien ne lui fera pas courir, sans le prévenir et le mettre en mesure de prendre sa déci-

(14) Emmanuel Lévy : *La vision socialiste du droit*, Paris 1926, p. 61.

(15) Paul J. Durand : *Les conventions d'irresponsabilité*, thèse droit, Paris 1931, 93.

(16) Cf. Emmanuel Lévy : *op. cit.*, p. 90.

(17) Louis Martin : *De la responsabilité civile des médecins*, thèse droit, Paris 1898, p. 24. — E. H. Perreau : *Eléments de jurisprudence médicale*, Paris, 1909, pages 283 et suiv. — Comparer Toulouse, 23 octobre 1934 : Ceuninck et Balien c/Dlle Molinier et Caisse des A. S. du Tarn-et-Garonne, D. 1935. 2. 49.

sion en toute connaissance de cause, des risques peut-être disproportionnés avec la gravité de l'imperfection à corriger (18).

Le client fait confiance, non seulement à la science du médecin, mais encore à sa conscience. Le titre médical doit pouvoir lui être une garantie, que l'homme auquel il s'adresse ne cherchera pas à lui « placer » à toute force un traitement, à lui vendre ses services, pour en tirer un bénéfice, au risque même d'entraîner des résultats nocifs pour la santé. En un mot, il le garantit « contre les conséquences possibles d'une intervention prescrite industrielle » (19).

Il est inutile d'insister sur le fait que les règles du secret professionnel sont aussi une sanction de la confiance que le client doit pouvoir avoir en son médecin (20) et que l'incapacité spéciale de recevoir édictée par l'article 909 c. civ. protège le malade contre l'excès de confiance qui peut le porter à gratifier abusivement le médecin qui le traite au cours de sa dernière maladie.

Il faut enfin rappeler que, non seulement le malade lui-même doit pouvoir faire confiance à son médecin, mais que dans le cas particulier du médecin qui surveille les soins donnés à un nourrisson, la nourrice est nécessairement obligée de faire confiance au médecin choisi par la famille de l'enfant (21). « La « santé de la nourrice et de l'enfant se confondent pour tout ce « qui se rapporte à l'allaitement et... le médecin ne peut soigner « l'un sans soigner l'autre » (22). C'est pourquoi le médecin a, vis-à-vis de la nourrice, les devoirs qu'il a vis-à-vis d'un client ordinaire et qu'il ne peut donc lui laisser ignorer les dangers auxquels l'expose l'allaitement d'un enfant atteint d'une syphilis congénitale.

(18) Paris, 22 janvier 1913 : Dr Delherm c/Calou, D. 1919. 2. 73, n. Denisse, S. 1918-1919. 2. 97, n. Perreau.

(19) Trib. Civ. Seine, 8 mars 1901 : époux Macquaire c/Dr Renault. Pand. Franc. 1902. 2. 204, et dans une espèce analogue Cass. Crim., 16 avril 1921 : docteurs Croso et Latour, D. 1921. 1. 184.

(20) Cass. Crim., 9 mai 1913 : veuve Clabeck c/docteurs Verstraete et Pierref, D. 1914. 1. 206.

(21) Dijon, 14 mai 1868 : Protal c/Dr B..., S. 1869. 2. 12.

(22) Dubrac : *Traité de Jurisprudence Médicale et Pharmaceutique*, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1893, p. 126.

101. *Confiance du médecin envers le client.* — Si l'on admet avec M. Emmanuel Lévy que la responsabilité d'un individu croît en proportion de la confiance qu'il doit inspirer, ne faudrait-il pas faire supporter au médecin une écrasante responsabilité ? Or, nous l'avons vu, si le médecin est soumis au droit commun et rendu responsable de ses fautes, de ses inexécutions de contrat, la jurisprudence se montre singulièrement prudente et modérée dans l'appréciation de ce qui constitue une faute.

Cela s'explique, d'après M. Emmanuel Lévy lui-même (23), « par l'idée qu'il faut encourager une activité utile, lui donner « confiance en elle-même ». « Inculper les personnes prati-  
« quant l'art de guérir à raison de tout agissement ayant occa-  
« sionné un préjudice au malade... » dit un jugement (24)  
« aurait évidemment pour résultat de détruire toute initiative et  
« toute liberté dans le traitement des maladies et les opérations  
« présentant des risques ». Le médecin qui se sentirait continuellement sous le coup, non seulement d'une inculpation, mais même d'un simple procès civil en dommages-intérêts, pour le cas, toujours possible où l'affection du malade évoluerait de façon fâcheuse, en viendrait tout simplement à ne plus agir. Qu'on se rappelle la plaidoirie d'Henri-Robert pour le Docteur Laporte (cf. supra n° 98) et le régime du « laisser mourir », qui serait ainsi inauguré.

Il est donc bien de l'intérêt même du patient que le médecin ne se sente pas bridé par une responsabilité trop étroite, qu'il se sente au contraire à l'aise dans cette irresponsabilité qui lui confère même quelquefois le droit à l'erreur (25). « Cette irrespon-  
« sabilité est légitime : elle est nécessaire au médecin dont elle  
« favorise l'activité, et, ainsi, indirectement elle est utile au  
« malade. Le médecin agit parce que son irresponsabilité par-  
« tielle lui permet d'agir..., le médecin exerce tranquillement sa

(23) Emmanuel Lévy : *La vision socialiste du droit*, Paris, 1926, p. 76. C'est aussi ce que dit Demogue : *Traité des obligations*, tome III, Paris 1923, 264.

(24) Trib. Corr. Seine, 20 juillet 1907 : Min. Publ. et dame Peyronnette c/D<sup>r</sup> Cormon, D. 1912. 2. 356.

(25) Ambroise Colin : *La responsabilité professionnelle des Chirurgiens et des Médecins*. « La Presse Médicale », 25 mars 1911, cf. supra. N° 47.

« profession... parce que la *confiance* que (lui) donne... sa propre irresponsabilité.. (lui) assure une libre activité » (26).

Le médecin consciencieux doit donc pouvoir avoir confiance qu'il ne sera pas harcelé par les réclamations des clients mécontents et nous avons vu que c'était une obligation à la charge du client que de n'exercer que modérément le droit d'agir en justice (cf. supra n° 85).

Le souffle de confiance, qui passe dans ce contrat, à la fois sur le médecin et sur le client, détermine, de ce fait, entre les parties, des relations placées sous le signe de la courtoisie et de la discrétion. Il empêche le plus souvent le médecin d'exiger immédiatement la contre-partie de sa prestation, de se faire payer comptant, et même de se constituer au moins une preuve écrite de sa créance, d'exiger des reconnaissances de dette. Aussi le médecin qui doit ainsi faire confiance à son client peut-il, en cas de litige sur le montant des honoraires être dispensé de faire la preuve écrite de sa demande (cf. supra n° 75). Cette règle, d'ailleurs peut, pour les mêmes raisons, se retourner, et être utilisée par le client qui a fait confiance au médecin et qui veut établir la réalité d'un engagement contracté par celui-ci.

Pour que l'activité du médecin soit libre et ne soit pas gênée par des préoccupations extérieures, il ne suffit pas que son irresponsabilité relative donne confiance à l'homme de l'art, tout comme l'assurance qu'il pourra facilement établir son droit à un honoraire. Il faut encore que la garantie qu'il trouvera un répondant pour le paiement de cet honoraire lui confirme la confiance qu'il place dans son client. C'est pourquoi nous avons vu (cf. supra n°s 70 à 74) que le médecin non seulement peut toujours s'adresser au malade lui-même, mais encore au groupe familial ou social qui est soumis à l'obligation d'assistance vis-à-vis du malade. Le médecin peut aussi s'adresser à l'intermédiaire qui l'a fait venir et dont il peut légitimement croire qu'il prend à sa charge les frais de l'opération ou du traitement, parce qu'il a des raisons spéciales, d'amitié ou autres, de s'intéresser au malade (27).

(26) Emmanuel Lévy, *op. cit.*, p. 61.

(27) Trib. Civ. Toulouse, 2 juin 1904 : docteurs Bouchage et Rémond c/Coupette et époux Colomiés ; G. Trib., 25 septembre 1904.

102. *Influence de l'élément de confiance sur la nature du contrat.* — Nous avons vu avec M. Pilon (cf. supra n° 95) que le malade devait pouvoir se sentir en confiance avec son médecin, et que par conséquent, il avait le droit de se séparer brusquement de lui si la confiance venait à lui manquer. Nous en avons conclu que cette confiance nécessaire était un élément qui empêchait l'assimilation de notre contrat avec le louage. Toutes les conséquences qu'implique la nécessité de cette confiance réciproque sont de nature, nous venons de le voir, à conférer une teinte très particulière à ce contrat. Aussi la Cour de Douai a-t-elle pu dire, à juste titre, qu'en même temps que le caractère très spécial des services rendus, la somme de confiance qu'ils impliquent fait du contrat médical un contrat *sui generis* ne rentrant dans le cadre d'aucun des contrats du droit civil (28).

(28) Trib. Civ. Béthune, 25 mars 1931, confirmé avec adoption de motifs par Douai, 21 juin 1932 : Sté Secours des mines de Marles c/Dr B..., Rec. Douai, 1932. 292.



## CHAPITRE III

### CONTRAT INNOME

103. *Origine historique des contrats innomés.* — L'arrêt de la Cour de Douai, cité au numéro précédent, ouvre la porte à notre conclusion. Le droit romain, très formaliste, s'est trouvé en présence de contrats *sui generis* qu'il ne pouvait faire rentrer dans les cadres des contrats connus et catalogués. Déjà d'ailleurs des difficultés se présentaient pour le contrat médical qui ne pouvait constituer ni une *locatio operarum* laquelle suppose un travail pratiqué sur une chose remise et un résultat appréciable en argent, ni un mandat, lequel suppose que le mandataire est chargé de faire des actes juridiques, des actes d'administration (1).

La difficulté n'était pas d'ordre scientifique. Ce n'était pas par amour du droit pur que les juristes romains cherchaient une qualification aux conventions synallagmatiques où l'une des parties avait déjà fourni sa prestation et attendait celle de son co-contractant. Ces conventions étaient celles qu'on ne pouvait identifier qu'en décrivant leur mécanisme élémentaire : *do ut des, do ut facio, facio ut des, facio ut facias*. L'utilité de faire rentrer une convention dans le cadre d'un contrat établi, c'était de donner à la partie qui en réclamait l'exécution la « formule » de procédure, attachée à ce contrat, qui permettait au plaideur de poursuivre devant les tribunaux l'exécution du contrat. Si l'on ne pouvait pas se rattacher à un contrat à formule, on ne pouvait obtenir d'exécution. On pouvait seulement obtenir, dans les conventions où on avait donné quelque chose, la restitution de la chose donnée, par la *condictio ob rem dati* en vertu de l'équité. (Paul. Digeste. 12. 6. 65. 4). Ce n'est que sous Justinien, après une

(1) Paul Verwaest : *De la condition des médecins privés à Rome*, thèse droit, Paris, 1892, pages 40 et suiv.

période de tâtonnements, que l'on voit, avec certitude, apparaître une action en justice qui assure l'exécution de ces contrats qualifiés d'*innomés* en contraignant, une fois l'une des prestations effectuée, l'autre partie à la contre-prestation (2).

104. *Les contrats innomés en droit français.* — Notre droit est, certes, beaucoup plus souple que le droit romain. Il n'est pas besoin de pouvoir présenter une formule contenue dans un contrat défini au magistrat, pour que celui-ci permette l'exécution des conventions. Toutes les conventions synallagmatiques, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, sont aujourd'hui obligatoires. Et pour parfaire le droit à réparation de ceux qui s'estiment lésés aux dépens d'autrui, on a créé à côté du droit des contrats, les systèmes des quasi-contrats et des quasi-délits pour les engagements qui se forment sans convention.

Toutefois, une partie au moins du problème romain se pose encore. Le Code Civil prévoit les contrats innomés. Il dit, en effet, à son article 1107 : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, *soit qu'ils n'en aient pas*, sont soumis à des règles générales... ». C'est donc reconnaître qu'à côté des contrats spéciaux, il y a des contrats innomés. Mais pour les contrats spéciaux, le même article ajoute : « Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux... ». Effectivement, le code traite successivement du contrat de mariage, de la vente, de l'échange, du louage, du contrat de société, du prêt, du dépôt et du séquestre, des contrats aléatoires (contrats d'assurance, prêt à grosse aventure, jeu et pari et rente viagère), du mandat, du cautionnement, des transactions, du nantissement et des hypothèques. Si le contrat qu'on étudie devait être enfermé dans le cadre de l'un de ces contrats spéciaux, il devrait donc, aux termes de l'article 1107, al. 2 c. civ., obéir aux règles relatives à ce contrat.

Mais si un contrat, ne peut-être entièrement assimilé à l'un de ces autres contrats, il ne devra pas obéir à toutes leurs règles particulières. Il fera partie de ces contrats dont l'art. 1107, al. 1 c. civ., dit, faute par le code de les avoir décrits, qu'ils n'ont pas de dénomination propre (3).

(2) Fliniaux : *Cours droit Romain*, 1931-1932 ; Les obligations. Les contrats dits innomés. Les cours de droit. Paris.

(3) Cf. François Gény : *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, 1924. 210.

L'intérêt pratique de cette distinction est fort important. Le juriste, qui voudra faire jouer ses effets à un contrat innomé, ne pourra se référer aux règles prévues pour tel ou tel contrat spécial. Si le contrat médical, par exemple, est bien un contrat innomé, on ne pourra donc lui faire automatiquement produire les conséquences qui doivent découler, au terme du code civil, du mandat ou du louage. Seules lui seront applicables les règles générales des contrats et celles qui auront été convenues par les parties.

Ces contrats « obligent à tout ce qui est expressément ou tacitement convenu, et à toutes les suites que l'usage ou l'équité leur donnent et à l'exécution desquelles une partie ne saurait se soustraire sans manquer à sa parole ou sans s'enrichir aux dépens de l'autre » (4). L'inexécution des obligations ainsi contractées donne au créancier droit à des dommages-intérêts, en vertu de l'art. 1147 c. civ. (5).

Les services ou les offices, rendus avec sacrifices, qui produisent au moins l'obligation légitime d'une juste indemnité ou d'une récompense à la charge de la partie ayant reçu l'office ou le service, et qui constituent, notamment l'essence même de l'activité de la plupart des professions libérales, constituent des contrats innomés (6). Le plus souvent, ils n'auront pas été matérialisés par un acte écrit. Aussi ce qui aura été tacitement convenu prendra-t-il une grande importance. C'est pourquoi lorsque l'on décrit l'un de ces contrats, on doit attacher un intérêt primordial aux usages reçus en la matière et à la jurisprudence qui, sanctionnant ces règles, permet de reconstituer les clauses du contrat idéal.

105. *Assimilation du contrat médical aux contrats innomés.* — On en est donc venu à qualifier de contrat innomé le

(4) Garsonnet et Cézard-Bru : *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, tome I, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1912. 255.

(5) Agen, 4 mars 1889 : X... et Ladois c/Charroy, D. 1890. 2. 281, note Glasson. — Toulouse, 23 octobre 1934 : Ceuninck et Balian c/Dlle Molinié et Caisse des A. S. de Tarn-et-Garonne, D. 1935. 2. 49. — Paris 2 décemb. 1897 : Whistler c/Eden, S. 1900. 2. 201, note Wahl.

(6) Molloy : *Règles de la profession d'avocat*, 2<sup>e</sup> éd., tome 1, Paris, 1866, pages 6 et suiv.

Paul Pont : *Des petits contrats*, I. Paris, 1867. 825.

contrat qui unit le médecin et son client. A cette opinion se sont ralliés sommairement MM. Louis Martin (7), Georgel (8), Paris et Bouland (9), Charles Falcimaigne (10), et Paul Matter (11). Un jugement récent que nous avons déjà cité (12) hésite un peu à l'adopter en ce qui concerne les conventions expressément conclues, mais l'adopte plus nettement, s'il s'agit d'un médecin intervenu en dehors du consentement du client (sans qu'on saisisse très bien le motif de cette distinction).

Mais la Cour de Douai (13) affirme très nettement que le contrat qui lie le médecin à son client est un contrat innomé en raison de la somme de confiance nécessaire et du caractère spécial des services rendus. Services qui peuvent être engagés à vie, rappelle M. Balmory (14), et dont l'interruption ne doit pas être rigoureusement sanctionnée, lorsque l'une ou l'autre des parties n'a plus la confiance nécessaire. Services, souligne M. Fenié (15), qui sont d'une nature en effet bien particulière, puisqu'ils consistent en des actes qui seraient repréhensibles émanant de toute autre personne que d'un homme de l'art. Services d'une nature tellement spéciale, renchérissent MM. P. Garraud et Laborde-Lacoste (16), qu'ils doivent permettre au médecin (évi-

(7) Louis Martin : *De la Responsabilité Civile des Médecins*, thèse droit, Paris 1898, p. 14.

(8) L. Georgel : *Etude juridique des cliniques médicales*, thèse droit, Rennes, 1925, p. 25.

(9) Paris et Bouland : *La responsabilité des médecins et des chirurgiens-dentistes*, Paris, 1925, p. 27.

(10) Ch. Falcimaigne, note au Dalloz, 1927. 1. 93.

(11) Conclusions du procureur général Matter au sujet de l'affaire Dr Nicolas c/époux Mercier, Cass. Civ., 20 mai 1936, D. 1936. 1. 88.

(12) Trib. Civ. Châlon-sur-Saône, 13 octobre 1936 : Dr Perrin c/Saint-Bonnet ; G. P., 1936. 2. 853.

(13) Trib. Civ. Béthune, 25 mars 1931, confirmé avec adoption de motifs par Douai, 21 juin 1932 : Sté Secours Mines de Marles c/Dr B..., Rec. Douai, 1932. 292.

(14) H. Balmory : *La responsabilité médicale et le secret professionnel*, thèse droit, Paris, 1909, pages 34 et 35.

(15) Henry Fenié : *De la Responsabilité Civile en Chirurgie Thérapeutique et Plastique*, thèse Toulouse, 1930, p. 9. Voir aussi sur ce point : Emile Lucien Manche : *La Responsabilité Médicale au point de vue pénal*, thèse droit, Paris, 1913, pages 48 et suiv.

(16) P. Garraud et M. Laborde-Lacoste : *Le rôle de la volonté du médecin et du patient*. Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, Paris, 1926, 8 in fine.

demment mieux placé que quiconque pour apprécier l'intérêt du malade) de ne pas tenir compte de l'âge de la majorité légale et de le remplacer par celui du discernement effectif, et en général de faire le nécessaire pour protéger le malade contre lui-même et contre sa famille. A ces indications positives qui viennent renforcer les indications négatives que nous avons relevées au cours de la comparaison de notre contrat avec certains contrats spéciaux, ajoutons ce que nous avons dit, dans les deux chapitres précédents, au sujet du risque et de la confiance, et tout au long de notre deuxième partie tant au sujet du secret, obligation légale particulière imposée au médecin, que de la façon très spéciale d'apprécier la faute médicale. Nous aurons ainsi rassemblé les règles qui concourent à conférer un caractère spécial à notre contrat. Ce caractère spécial, nous l'avons vu, ne permet pas d'assimiler cette convention à d'autres types de contrats ou de quasi-contrat.

Pourtant, nous l'avons vu aussi, elle constitue bien un contrat. Et, dès 1874, Salivas (17) y retrouvait la structure du contrat innomé : qu'on le prenne « du côté du médecin ou du côté du malade... il y a *facio ut des*, ou *do ut facias*, je fais des visites pour que vous donniez des honoraires, ou je donne des honoraires pour que vous fassiez des visites ». Le contrat d'opération chirurgicale doit donc être considéré comme le type même du contrat innomé. Que pourrait-il bien rester comme contrats innomés, si on refusait cette qualification à tous les contrats du genre du nôtre ?

Mais devrait-on, alors, dire qu'il n'y a pas contrat innomé lorsque le médecin ne reçoit pas directement une prestation du malade en échange de la sienne propre, par exemple dans le cas d'un médecin attaché à un établissement hospitalier ? Certainement pas, parce que si le malade ne fournit pas lui-même une prestation, quelqu'un la fournit pour lui au moyen d'une véritable stipulation pour autrui (18) : l'Assistance publi-

(17) Albert Salivas : *De la situation des médecins à l'égard de leurs malades*, thèse droit, Toulouse, 1874, pages 52 et suiv.

(18) Jean Mazen : *Essai sur la Responsabilité Civile des Médecins*, thèse, Grenoble, 1934, p. 66. — Blanche Rodet : *La Responsabilité Civile des Médecins et la Jurisprudence actuelle*, thèse droit, Paris, 1937, p. 209. — Et supra N° 37.

que, représentant la collectivité, qui paie ses médecins et leur confère un titre honorifique très apprécié, les sociétés de secours qui paient leurs médecins et représentent le malade s'il s'agit d'une mutuelle, ou gèrent son affaire dans les autres cas, le patron qui paie le médecin de ses ouvriers parce que cette obligation est une des contre-parties du travail de ceux-ci, etc... Si non d'ailleurs, quelle autre qualification, là encore, donner à cette convention, toujours synallagmatique, puisque toujours le malade contracte certaines obligations ? Par ailleurs, déjà, la Cour de Paris a parfaitement admis de rechercher si, oui ou non, la responsabilité des chirurgiens de l'Assistance Publique était engagée, dans des cas où il n'aurait pû être question de faute détachable de l'exercice d'un service public, s'il y avait eu service public (19). Et la Cour de Cassation (20) a affirmé la compétence des Tribunaux judiciaires à statuer sur les conflits entre les chirurgiens des hôpitaux et les malades hospitalisés par l'Assistance publique. Nous sommes donc uniquement dans le domaine du droit privé. La responsabilité médicale ainsi recherchée n'étant pas d'ordre quasi-délictuel, mais d'ordre contractuel, c'est donc bien qu'il y a un contrat entre le médecin des hôpitaux et l'hospitalisé de l'assistance publique, puisque c'est l'exercice normal de l'activité du médecin qui est déféré à la juridiction civile.

106. *L'arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 13 juillet 1937.* — Un arrêt de la Cour de Cassation (21) vient mettre un point final à la discussion sur la qualification de notre contrat. La Cour suprême a refusé de voir dans le contrat médical, les « fournitures, travaux, location, louage d'ouvrage et d'industrie » dont le paiement peut, aux termes du nouvel article 2 du code de procédure civile, être réclaté devant le juge du lieu où la convention a été contractée. Définissant alors le contrat médical, elle a dit « que la convention qui intervient entre le

(19) Paris, 28 juin 1923 : époux N... c/D<sup>r</sup> Lenormant, D. 1924. 2. 116. Paris, 16 juillet 1934 : Baudat c/D<sup>r</sup> F..., Dh. 1934. 321. — Paris, 11 mai 1937 : professeur L... c/consorts Chavonin et autres, G. P., 3 octobre 1937.

(20) Cass. Req., 30 novembre 1938 : Dlle Magot c/docteurs A... et B..., G. P. 1<sup>er</sup> février 1939.

(21) Cass. Civ., 13 juillet 1937 : D<sup>r</sup> Parin c/Barrès, G. P., 1937. 2. 384.

malade et le médecin qui lui apporte son assistance et ses soins constitue un contrat *sus generis* » (22).

Cet arrêt, si sommairement qu'il soit motivé, ne doit pas être considéré comme une manifestation d'opinion isolée. Il arrive à un moment où l'on a beaucoup parlé, non seulement de responsabilité médicale, mais du contrat médical lui-même. Il a été précédé de quelques décisions de Cours d'Appel (23) que nous venons de voir et qui, à propos de la profession médicale ou d'autres professions libérales voisines, ont parlé de contrat *sui generis*. Il a certainement été influencé par l'évolution de la doctrine que nous venons de signaler, et spécialement, d'une façon tout automatique, par l'avis de Paul Matter. Celui-ci comme Procureur général de la Cour de Cassation, auprès de laquelle l'influence de ses opinions était légitimement considérable, avait, en 1936, proposé de voir dans le contrat médical, un contrat innomé. Devenu Premier Président, il a fait entériner cette opinion. C'est, en effet, sous sa présidence qu'a été rendu l'arrêt en question du 13 juillet 1937, un des derniers à la confection desquels il ait collaboré.

Cet arrêt répond aux conclusions qui découlent de la confrontation des règles des contrats spéciaux et des contrats innomés avec celle que nous avons relevées comme régissant notre contrat. Aussi pensons-nous qu'aujourd'hui la controverse est terminée et que le contrat d'opération chirurgicale doit, sans conteste, être considéré comme un contrat innomé. Si, dans l'avenir, le droit français perdait de son caractère individualiste, si, à la notion des contrats individuels, se substituait la notion des statuts collectifs, le statut des médecins devrait donc s'inspirer, non des anciens contrats spéciaux, mais de ces stipulations tacites qui sont renfermées dans ces contrats innomés et qui seront toujours de nature à faire au corps médical la situation spéciale et éminente rendue nécessaire par la qualité de leurs services et l'intérêt du public.

(22) D'ailleurs la notion de contrat innomé, si elle est bien contraire à celle du louage d'ouvrage et d'industrie, ne semble pas *a priori* exclure, ce que, assez vaguement, le législateur de 1932 a, dans le nouvel article 2 c. pr. civ., appelé « fournitures et travaux ». Mais la Cour de Cassation déclare vouloir interpréter strictement ces expressions qui deviendront, de ce fait, sans valeur, si le législateur ne les précise pas.

(23) Cf. les notes 5, 12 et 13 de ce chapitre.

Vu :  
*Le Doyen,*  
G. RIPERT.

Vu :  
*Le Président de thèse,*  
G. RIPERT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :  
*Le Recteur de l'Académie de Paris.*  
G. ROUSSY.

## Bibliographie

- ALLAIN. — *La Profession Médicale et les art. 1382 et 1383 code civil*. Thèse Médecine, Paris 1899.
- APPLETON (P.) et SALAMA. — *Le Droit Médical*. Paris 1931.
- Archives du Droit Médical et de l'Hygiène*. Paris.
- ARROUX. — *Contribution à l'étude de la responsabilité médicale*. Thèse Médecine Toulouse, 1940.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*. 5<sup>e</sup> éd., t. V, Paris 1907. 5<sup>e</sup> éd., t. VI, revu par M. Bartin, Paris 1920.
- BALMARY (H.). — *La responsabilité médicale et le secret professionnel*. Thèse Droit Paris, 1909.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — *Du mandat. Du cautionnement*, 3<sup>e</sup> éd., Paris 1907.
- BESSON (André). — *Note au Dalloz*, 1930. 2. 115.
- BINOCHÉ (Edmond). — *De la responsabilité civile des Médecins et Chirurgiens*. Gazette des Tribunaux, 28 mai 1911.
- BONNET-ROY (F.). — *Responsabilité Médicale*. Le Bulletin Médical, Paris, 30 septembre 1933.
- BOUDIN (Paul). — *Honoraires médicaux*. Fichiers du Monde Médical, Paris 1931.
- BOYÉ et M. DURAND. — *Le secret professionnel et la médecine de demain*. Paris, 3<sup>e</sup> éd., 1931.
- BRILLON. — *Dictionnaire des arrêts*. Nouvelle édition, tome II, Paris 1727 ; tome IV, Paris 1727.
- BROUARDEL (P.). — *La responsabilité médicale*. Paris 1898.
- BROUARDEL (P.). — *L'exercice de la Médecine et le Charlatanisme*. Paris 1899.
- BRU (Gabriel). — *La responsabilité civile des médecins*. Thèse droit Lyon, 1911.
- Le Bulletin Médical*. Paris.
- CHAUVIN. — *La faute lourde en médecine d'après les documents juridiques*. Thèse Médecine Bordeaux, 1913.
- CLAOUÉ (C.) et BERNARD (Irène). — *Plastique mammaire*. Paris 1936.
- COLIN (Ambroise). — *Mélanges. Rapport préliminaire de la commission de révision du Code Civil*. Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, Paris 1905.

COLIN (Ambroise). — *La responsabilité professionnelle des chirurgiens et des médecins*. La Presse Médicale, 25 mars 1911.

*Concours Médical*. — Paris.

CROUZEL (J.). — *La distinction des 2 responsabilités civiles*. Revue Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1926, p. 253.

DALLANT (René). — *Note au Dalloz*, 1931. 1. 171.

DALLOZ. — *Jurisprudence Générale*. Paris 1845.

DALLOZ. — *Répertoire méthodique et alphabétique de législation et de jurisprudence*. 44 vol., Paris. — *Répertoire pratique de législation, doctrine et jurisprudence*. Paris.

DECHAMBRE (A.). — *Le Médecin. Devoirs privés et publics. Leurs rapports avec la jurisprudence et l'organisation médicale*. Paris 1883.

DELBET (Pierre). — *La responsabilité du chirurgien*. Revue de Paris, 1<sup>er</sup> mars 1911.

DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de Code Civil*. Tome VIII, Paris 1884.

DEMOGUE (René). — *Traité des obligations*. Tome III, Paris 1923 ; tome V, Paris 1925.

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon, tome XXXI. Des contrats, tome VIII*. Paris 1882.

DENISART. — *Collection des Décisions Nouvelles*. Tome IV, Paris 1786.

DENISSE (Léon). — *Notes au D.* 1913. 2. 237, D. 1919. 2. 73.

DESBOIS. — *Note au D.* 1936. 2. 9.

DONNEDIEU DE VABRES, DUVOIR et DESOILLE. — *Rapport sur la Responsabilité Médicale au XVI<sup>e</sup> Congrès de Médecine légale de langue française*. Les fichiers du Monde Médical, Paris 1931.

*Le Droit*. — Paris.

DUBRAC. — *Traité de Jurisprudence Médicale et Pharmaceutique*. 2<sup>e</sup> éd., Paris 1893.

DUFLO (Geneviève). — *La Responsabilité Civile des Médecins à la lumière de la jurisprudence récente*. Thèse Droit Paris, 1937. —

DURAND (Paul-J.). — *Des Conventions d'Irresponsabilité*. Thèse Droit Paris, 1931.

DUVERGIER. — *Continuation du Droit Civil Français de Toullier*. Tome IV, Paris 1837.

FALCIMAIGNE (Ch.). — *Note au D.* 1927. 1. 93.

FALQUE (C.). — *La Responsabilité du médecin après l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 mai 1936*. Revue Critique, 1937.

FALQUE-PIERROTIN (Charles). — *Les éléments constitutifs du contrat de mandat*. Thèse Droit Caen, 1933.

FAURE (Jean-Louis). — *L'Ame du Chirurgien*. 2<sup>e</sup> éd., Paris 1927.

FENIÉ (Henry). — *De la Responsabilité Civile en chirurgie thérapeutique et plastique*. Thèse Droit Toulouse, 1930.

- FLEURY (Maurice de). — *Le médecin*. Paris 1927.
- FINIAUX. — *Cours de droit romain, les obligations*. 1931-1932. Faculté de Droit de Paris.
- FLOQUET (Charles). — *Code pratique des honoraires médicaux*. Paris 1898.
- FORGUE (Emile). — *La responsabilité du chirurgien*. Discours prononcé à la séance d'inauguration du 21<sup>e</sup> Congrès français de chirurgie à Paris, le 5 octobre 1908. Montpellier 1909.
- GARÇON. — *Code Pénal annoté*. Tome I. Paris 1901-1906.
- GARRAUD (Pierre) et LABORDE-LACOSTE (Marcel). — *Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale. Limites et conséquences juridiques, notamment en droit pénal, de cette volonté*. Revue Générale de droit et de jurisprudence, Paris 1926, pages 129 et suiv.
- GARSONNET et CÉZAR-BRU. — *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*. Tome I, 3<sup>e</sup> éd., Paris 1912.
- Gazette du Palais*. — Paris.
- Gazette des Tribunaux*. — Paris.
- GÉNY (François). — *Science et technique en droit privé positif*. T. III, Paris 1921.
- GEORGEL (L.). — *Etude juridique des cliniques médicales privées non gratuites*. Thèse Droit Rennes, 1925.
- GIDE (P.). — *Condition privée de la femme*. 2<sup>e</sup> éd., Paris 1885.
- GILLOT (James). — *Les honoraires du médecin*. Thèse Droit Paris, 1914.
- GLASSON. — Note au D. 1890. 2. 281.
- GRAVEN (André). — *Les médecins et le droit civil. Etude de jurisprudence*. Thèse Droit Grenoble, 1925.
- GUÉNOT (Bernard). — *Du consentement nécessaire au médecin pour pratiquer une opération chirurgicale*. Thèse Droit Paris, 1904.
- GUILLOUARD (L.). — *Traité du contrat de louage*. Tome II, 3<sup>e</sup> éd., Paris 1891.
- HATIN (Paul). — *Etude sur la responsabilité civile et pénale des médecins dans l'exercice de leur profession*. Thèse Droit Paris, 1905.
- HAY. — *De la Responsabilité civile des Médecins*. Thèse Médecine Paris, 1925.
- HUC (Théophile). — *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*. Tome VIII, Paris 1895 ; tome X, Paris 1897.
- JACK (Andrée). — *Les conventions relatives à la personne physique*. Revue Critique, Paris 1933.
- JACOMET (Georges). — *Du Caractère juridique du secret médical*. Thèse Droit Paris, 1933.
- JOSSERAND (Louis). — Note au Dalloz, 1927. 1. 105, et Rapport cité au D. 1936. 1. 88.

- JOSSERAND (Louis). — *Cours de droit civil positif français*. Tome II. Paris 1930.
- JOSSERAND (Louis). — *Force majeure et cas fortuit*. Dalloz hebdomadaire 1934, chronique p. 28.
- Journal du Palais*. — Paris.
- Journal des Tribunaux de Commerce*. — Paris.
- LABBÉ (J. E.). — *Note au Sirey*, 1870. 1. 233.
- LABBÉ (J.E.). — *Note au Sirey*, 1893. 1. 497.
- LACHERET-VILLATE (Mme). — *Cas de conscience*. Revue Médicale Sociale 1933, pages 149 et suiv.
- LALOU (Henri). — *Notes au D.* 1914. 2. 73, D. 1933. 2. 113.
- LALOU (Henri). — *Du fondement juridique de la responsabilité civile des médecins*. Gazette des Tribunaux, 2, 3, 4 novembre 1919.
- LALOU (Henri). — *La Responsabilité civile*. 2<sup>e</sup> éd., Paris 1932.
- LASNIER (Georges). — *Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale*. Thèse Droit Bordeaux, 1922.
- LAURENT (F.). — *Avant-projet de révision du code civil*. Bruxelles 1882-1885, t. I.
- LAURENT (F.). — *Principes de droit civil français*. Paris, Bruxelles. Tome 16, 1875 ; tome 20, 1876 ; tome 25, 1877 ; tome 27, 1877.
- LE GENDRE (Paul). — *La vie du Médecin. Tome I du Traité de pathologie médicale et de thérapeutique appliquée de SERGENT, RIBA DEAU-DUMAS et BABONNEIX*. Paris 1931.
- LEGRIS (Albert). — *Notes au D.* 1910. 2. 53 et D. 1914. 2. 85.
- LETORT (Jean). — *Honoraires impayés. Une jurisprudence dangereuse*. Archives du Droit Médical et de l'Hygiène, 1<sup>er</sup> novembre 1932.
- LETORT (Jean). — *Louages de services en médecine*. Les archives du Droit Médical et de l'Hygiène, 1<sup>er</sup> juillet 1933.
- LÉVY (Emmanuel). — *La vision socialiste du droit*. Paris 1926.
- La Loi*. — Paris.
- LOUP (Jean). — *Note au D.* 1931. 2. 141.
- LOUP (Jean). — *La Responsabilité médicale*. Répertoire Commaille, 1934, pages 213 et suiv.
- LYON-CAEN (Ch.). — *Note au S.* 1907. 1. 209.
- MANCHE (Emile-Lucien). — *La responsabilité médicale au point de vue pénal*. Thèse Droit Paris, 1913.
- MARTIAL (Claude). — *Ton corps est-il à toi ? L'Œuvre*. 7 mars 1933.
- MARTIN (Louis). — *De la Responsabilité civile des médecins dans la législation française actuelle*. Thèse Droit Paris, 1898.

- MASSART (Raphaël). — *La responsabilité des médecins*. Concours Médical, 10. 11. 32.
- MATTEI (Paul). — *Conclusions* citées au D. 1936. 1. 88.
- MAURÈS (Abel). — *Etude sur la responsabilité professionnelle et légale du médecin*. Thèse Droit Paris, 1900.
- MAZEAUD (Henri). — *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*. Revue trimestrielle de droit civil, 1929.
- MAZEAUD (H. et L.). — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tome I, Paris 1931, et 2<sup>e</sup> éd., Paris 1934.
- MAZEAUD (Léon). — *Note* au D. 1927. 1. 185.
- MAZEN. — *Essai sur la responsabilité des médecins*. Thèse Droit Grenoble, 1934.
- MÉRIGNAC (A.). — *Notes* au D. 1907. 2. 41 et 44.
- MOILLOT. — *Règles de la profession d'avocat*. Tome 1, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1866.
- Monde Médical (Les Fichiers du)*. — Paris 1931-1933.
- Moniteur Judiciaire de Lyon*. — Lyon.
- MOREAU (Alfred). — *La responsabilité médicale*. Bruxelles 1891.
- MOUZIN-LIZYS (Roger). — *Etude médico-légale sur la responsabilité professionnelle des médecins, chirurgiens, accoucheurs*. Thèse Médecine Paris, 1899.
- MUTEAU. — *Du Secret Professionnel*. Paris 1870.
- NAST (Marcel). — *Notes* au D. 1924. 2. 105, D. 1933. 2. 5 et 107.
- PABON (L.). — *Exercice de la médecine*. Paris 1894.
- Pandectes Françaises*. — Paris.
- PAPON (Jehan). — *Recueil d'arrestz notables des Courtz souveraines de France*. Paris 1566.
- Paris Médical*. — Paris.
- PARIS et BOULAND. — *La responsabilité des médecins et des chirurgiens-dentistes d'après la jurisprudence*. Paris 1925.
- PAYEN (Fernand). — *Anthologie des avocats français contemporains*. Paris 1914.
- PERREAU (E. H.). — *Eléments de jurisprudence médicale à l'usage des médecins*. Paris 1909.
- PERREAU (E. H.). — *Notes* au S. 1907. 2. 433, S. 1909. 2. 49, 225, 321, S. 1910. 2. 153, S. 1914. 2. 153, S. 1918-19. 2. 97, S. 1922. 2. 113, S. 1924. 2. 17 et S. 1931. 2. 1929.
- PEYTEL (Adrien). — *Le secret médical et les certificats d'internement*. Paris Médical, 7 octobre 1933.
- PEYTEL (Adrien). — *Responsabilité quasi délictuelle ou responsabilité contractuelle*. Paris Médical, juin 1935, p. VIII.

- PEYTEL (Adrien). — *La responsabilité médicale*, Paris 1935.
- PICARD (Maurice). — *La gestion d'affaires*. Revue trimestrielle 1922.
- PICQUÉ (Lucien). — *A propos du droit du père de famille sur ses enfants*. Presse Médicale, 25 mars 1911.
- PILON (Eustache). — *Note* (signée E. P.) au D. 1936. 1. 88.
- PLANIOI (Marcel). — *Note* au Dalloz, 1896. 2. 457.
- PLANIOI (Marcel). — *Note* au D. 1899. 1. 585.
- PLANIOI (Marcel). — *Classification synthétique des contrats*. Revue Critique, septembre 1904, p. 470.
- PLANIOI et RIPERT. — *Traité élémentaire de droit civil*. Tome II, 10 éd., Paris 1926.
- PLANIOI et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*. Tomes VI et VII avec Paul ESMEIN (Les obligations, Paris 1930). Tome XI avec ROUAST, SAVATIER et LEPARGNEUR, Paris 1932.
- POMMEROL (Adrien). — *La responsabilité médicale devant les tribunaux*. Paris-Lille, 1931.
- PONT (Paul). — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*. Tome VIII. *Des Petits Contrats*. I. Paris 1867.
- POTHIER. — *Œuvres*. Edition Bugnet, t. V, 2<sup>e</sup> éd., Paris 1861.
- Presse Médicale*. — Paris.
- PRUNIER (Pierre). — *Condition juridique des médecins*. Thèse Droit Paris, 1904.
- RALLIER (Camille). — *De la responsabilité chirurgicale et opératoire*. Thèse Droit Paris, 1913.
- Recueil des assurances*. — Paris.
- Recueil des arrêts de la Cour de Douai*. — Douai.
- Recueil des arrêts de la Cour de Rennes*. — Rennes.
- Recueil des arrêts des Cours de Rouen et Caen*. — Rouen.
- Répertoire Commaille*. — Paris.
- Revue Critique*. — Paris.
- Revue Générale de Droit et de Jurisprudence*. — Paris.
- Revue Médico-Sociale*. — Paris.
- Revue Trimestrielle de Droit Civil*. — Paris.
- RIPERT (Georges). — *Responsabilité des Médecins*. Revue Critique, 1908.
- RIPERT (Georges). — *La règle morale dans les obligations*. Paris 1925.
- RODET (Blanche). — *La Responsabilité Civile des Médecins et la Jurisprudence actuelle*. Thèse Droit Paris, 1937.
- ROUAST (André). — *Cours de doctorat 1933-1934*. Faculté de Droit de Paris.
- SALIVAS (Albert). — *De la Situation des médecins à l'égard de leurs malades en droit français*. Thèse Droit Toulouse, 1874.

- SALATS (André). — *Des honoraires des médecins*. Thèse Droit Paris, 1905.
- SAVATIER (R.). — *Note* au Dalloz, 1923. 1. 5.
- SAVATIER (R.). — *Vers la socialisation du contrat de louage*. Dh. 1934. Chronique, p. 40.
- SÉBILEAU (Pierre). — *Préface à la chirurgie correctrice du nez de L. DUFOURMENTEL*. Paris 1926.
- Semaine Juridique*. — Paris.
- Siècle Médical* (Le). — Paris.
- SIREY. — *Recueil des lois et arrêts*.
- SOURDAT. — *Traité Général de la Responsabilité*. Tome I, 6<sup>e</sup> éd., Paris 1911.
- TROPLONG. — *De l'Echange et du Louage*. Tome II, Paris 1852.
- VERWAEST (Paul). — *De la Condition des médecins privés à Rome*. Thèse Droit Paris, 1892.
- VERWAEST (Paul). — *Le secret professionnel médical*. Thèse Droit Paris, 1892.
- VIBERT. — *Médecine légale*, Paris 1896.
- WAHL (Albert). — *Note* au S. 1900. 2. 201.

## ABRÉVIATIONS

D. — Recueil périodique Dalloz.

Dh. — Dalloz hebdomadaire.

G. P. — Gazette du Palais.

G. Tr. — Gazette des tribunaux.

Journ. Trib. Com. — Journal des Tribunaux de Commerce.

n. — Note.

Pand. Franç. — Pandectes Françaises.

Rec. — Recueil.

Rep. Méth. — Répertoire méthodique... Dalloz.

Rep. Dalloz. — Répertoire pratique... Dalloz.

S. — Recueil Sirey.

Thèse dr. — Thèse de la Faculté de Droit.

Thèse méd. — Thèse de la Faculté de Médecine.

# Table des matières

## INTRODUCTION

|                                                    |     |
|----------------------------------------------------|-----|
| 1. Le problème à étudier .....                     | VII |
| 2. L'idée de contrat .....                         | IX  |
| 3. Caractère non commercial de la profession ..... | X   |

## PREMIERE PARTIE

### 4. LA FORMATION DU CONTRAT ET LES PROBLÈMES DU CONSENTEMENT

#### CHAPITRE I

##### *LES PARTIES CONTRACTANTES*

|                                                                                |   |
|--------------------------------------------------------------------------------|---|
| 5. Nécessité du consentement des parties pour la formation<br>du contrat ..... | 7 |
| 6. Consentement et honoraires .....                                            | 7 |

#### SECTION I. — MALADE

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| 7. Malade lucide .....      | 8  |
| 8. Malade inconscient ..... | 11 |
| 9. Aliéné .....             | 13 |
| 10. Mineur .....            | 13 |
| 11. Femme mariée .....      | 15 |

#### SECTION II. — MÉDECIN

|                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------|----|
| 12. Absence de sollicitation de la part du malade .....   | 17 |
| 13. Refus de soins en dehors de toute convention .....    | 18 |
| 14. Abandon du malade postérieurement à une convention .. | 20 |

#### 15. SECTION III. — AUXILIAIRES DU MÉDECIN

## CHAPITRE II

16. *L'OBJET DU CONTRAT*

## SECTION I. — LA NATURE DES SOINS

|                                                                                                    |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 17. L'intervention chirurgicale, seul objet du contrat sans autre précision .....                  | 25 |
| 18. Unité de l'objet du contrat .....                                                              | 28 |
| 19. Précision dans le consentement inversement proportionnelle à la nécessité de l'opération ..... | 28 |
| 20. Opérations inutiles .....                                                                      | 29 |

## SECTION II. — PRIX

|                            |    |
|----------------------------|----|
| 21. Prix convenu .....     | 29 |
| 22. Prix non convenu ..... | 30 |

## CHAPITRE III

23. *PREUVE DU CONSENTEMENT*

## CHAPITRE IV

24. *VICES DU CONSENTEMENT*

|                    |    |
|--------------------|----|
| 25. Violence ..... | 33 |
| 26. Dol .....      | 34 |
| 27. Erreur .....   | 35 |

## DEUXIEME PARTIE

*L'OBLIGATION DU CHIRURGIEN*

|                                                 |    |
|-------------------------------------------------|----|
| 28. Contenu de l'obligation du chirurgien ..... | 39 |
| 29. Preuve de l'obligation du chirurgien .....  | 41 |

## CHAPITRE I

*LA RESPONSABILITE DU CHIRURGIEN*

## SECTION I. — GÉNÉRALITÉS

|                                                                                                               |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 30. Importance de l'étude pratique de la responsabilité pour la détermination théorique de l'obligation ..... | 43 |
| 31. Rappel historique .....                                                                                   | 44 |
| 32. Principe actuel de la responsabilité médicale .....                                                       | 47 |
| 33. Aggravation de la responsabilité médicale concomitante avec le progrès de la science .....                | 52 |

## SECTION II. — RESPONSABILITÉ PÉNALE

|                                                 |    |
|-------------------------------------------------|----|
| 34. Les articles 319 et 320 du code pénal ..... | 54 |
| 35. L'article 309 du code pénal .....           | 58 |

## SECTION III. — FONDAMENT JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

|                                                                                        |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 36. Paragraphe 1. <i>Mise à l'écart de l'art. 1384 du code civil</i> ....              | 59 |
| Paragraphe 2. <i>Responsabilité délictuelle ou responsabilité contractuelle</i> .....  | 63 |
| 37. Existence d'un contrat à l'origine de la responsabilité ....                       | 63 |
| 38. Tendance de certains auteurs et nombreux arrêts à viser l'art. 1382 .....          | 68 |
| 39. Cumul ou non-cumul des deux responsabilités .....                                  | 71 |
| 40. Application de l'article 1142 du code civil .....                                  | 74 |
| 41. Différences pratiques entre les responsabilités délictuelle et contractuelle ..... | 77 |
| 42. Similitudes pratiques entre les responsabilités délictuelle et contractuelle ..... | 83 |

## SECTION IV

|                                                               |
|---------------------------------------------------------------|
| 43. ' NÉCESSITÉ D'UN PRÉJUDICE POUR ENGAGER LA RESPONSABILITÉ |
|---------------------------------------------------------------|

## SECTION V. — FAUTES DU MÉDECIN

|                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 44. Paragraphe 1. <i>Faute extra-professionnelle</i> .....                                                              | 86  |
| Paragraphe 2. <i>Absence de faute au cas de possibilité de controverse scientifique sur l'activité du chirurgien</i> .. | 88  |
| 45. Pas d'immunité contre les fautes médicales .....                                                                    | 88  |
| 46. Circonspection à observer par les tribunaux dans l'appréciation des fautes médicales .....                          | 90  |
| 47. Erreur de diagnostic .....                                                                                          | 93  |
| 48. Mesures médicales prises et sujettes à critiques .....                                                              | 94  |
| 49. Accidents opératoires ou post-opératoires .....                                                                     | 96  |
| 50. Compresse abandonnée dans le champ opératoire .....                                                                 | 97  |
| 51. Importance de l'avis des experts .....                                                                              | 100 |
| Paragraphe 3. <i>Ignorance, négligence, imprudence, seules véritables fautes médicales</i> .....                        | 101 |
| 52. Fautes d'intelligence et fautes de vigilance .....                                                                  | 101 |
| 53. Ignorance .....                                                                                                     | 103 |
| 54. Négligence .....                                                                                                    | 104 |
| 55. Imprudence .....                                                                                                    | 108 |
| 56. Paragraphe 4. <i>Expériences scientifiques</i> .....                                                                | 110 |
| Paragraphe 5. <i>Chirurgie esthétique</i> .....                                                                         | 112 |
| 57. Préjugé défavorable opposé naguère à la chirurgie esthétique .....                                                  | 112 |
| 58. Conditions d'exercice actuelles de la chirurgie esthétique.                                                         | 113 |

|                                                       |
|-------------------------------------------------------|
| 59. SECTION VI. — RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRÉPOSÉS |
|-------------------------------------------------------|

## CHAPITRE II

## LE SECRET

## SECTION I. — CONTENU DU SECRET MÉDICAL

|                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------|-----|
| 60. Le secret professionnel .....                           | 121 |
| 61. Révélations et constatations .....                      | 121 |
| 62. Constatations en dehors des rapports contractuels ..... | 124 |

## SECTION II. — CARACTÈRE ABSOLU DU SECRET

|                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| 63. Impossibilité de dispenser du secret .....                          | 126 |
| 64. Révélations permises .....                                          | 127 |
| 65. Impossibilité de révélations faites dans l'intérêt du médecin ..... | 129 |

## TROISIÈME PARTIE

## 66. L'OBLIGATION DU CLIENT

## CHAPITRE I

## COOPERATION DU CLIENT AUX SOINS MÉDICAUX

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| 67. Renseignements .....               | 135 |
| 68. Obéissance aux prescriptions ..... | 136 |

## CHAPITRE II

## LES HONORAIRES

## 69. SECTION I. — DROIT AUX HONORAIRES

## SECTION II. — PERSONNES OBLIGÉES AU PAYEMENT

|                                                          |     |
|----------------------------------------------------------|-----|
| 70. Malade .....                                         | 140 |
| 71. Époux du malade .....                                | 141 |
| 72. Parents du malade .....                              | 143 |
| 73. Intermédiaires entre le client et le praticien ..... | 144 |
| 74. Patrons des gens de service .....                    | 144 |

## SECTION III. — PREUVE DE LA CRÉANCE DU CHIRURGIEN

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| 75. Impossibilité de préconstituer une preuve écrite ..... | 145 |
| 76. Modes de preuve admis .....                            | 146 |

## SECTION IV. — DÉTERMINATION DU MONTANT DES HONORAIRES

|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 77. Cas où le praticien n'a pas donné tous les soins pour lesquels le prix avait été stipulé ..... | 149 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 78. Irréductibilité du prix forfaitaire si le médecin a rempli ses obligations .....                            | 150 |
| 79. Faculté pour les tribunaux d'arbitrer librement le montant des honoraires à défaut d'accord préalable ..... | 152 |
| 80. Eléments d'appréciation du montant des honoraires .....                                                     | 153 |

## SECTION V. — PRESCRIPTION

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| 81. Principe .....        | 155 |
| 82. Point de départ ..... | 156 |

## 83. SECTION VI. — PRIVILÈGE DE L'ARTICLE 2101 DU CODE CIVIL

## 84. SECTION VII

## INCAPACITÉ DE RECEVOIR DE L'ARTICLE 909 DU CODE CIVIL

## 85. CHAPITRE III

*MODERATION DANS L'EXERCICE DU DROIT D'AGIR EN JUSTICE*

## QUATRIÈME PARTIE

## LA NATURE DU CONTRAT

|                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| 86. Application des règles générales de classification des contrats ..... | 169 |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|

## CHAPITRE I

*CONTRATS SPECIAUX*

## SECTION I. — MANDAT

|                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------|-----|
| 87. Assimilation proposée du contrat médical au mandat .....           | 171 |
| 88. Raisons données par les anciens auteurs .....                      | 172 |
| 89. Caractères généraux du mandat qui interdisent l'assimilation ..... | 174 |

## SECTION II. — GESTION D'AFFAIRES

|                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 90. Impossibilité de voir dans le contrat médical une gestion d'affaires ..... | 176 |
| 91. Cas où une gestion d'affaires précède la formation du contrat .....        | 177 |

## SECTION III. — LOUAGE D'OUVRAGE

|                                                             |     |
|-------------------------------------------------------------|-----|
| 92. Assimilation proposée du contrat médical au louage..... | 179 |
| 93. Cas du médecin lié à une administration .....           | 179 |

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| 94. Raisons données pour justifier l'assimilation au louage... | 181 |
| 95. Inexactitude de l'assimilation au louage .....             | 183 |
| 96. SECTION IV. — INEXISTENCE DE TOUT LIEN CONTRACTUEL         |     |

## CHAPITRE II

### DEUX ELEMENTS PARTICULIERS AU CONTRAT

#### SECTION I. — LE RISQUE

|                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------|-----|
| 97. Le risque dans les professions libérales .....            | 189 |
| 98. Risque incombant normalement au client .....              | 190 |
| 99. Risque non créé par le malade et ne lui incombant pas.... | 191 |

#### SECTION II. — LA CONFIANCE

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| 100. Confiance du client envers le médecin .....                  | 193 |
| 101. Confiance du médecin envers le client .....                  | 197 |
| 102. Influence de l'élément de confiance sur la nature du contrat | 199 |

## CHAPITRE III

### CONTRAT INNOME

|                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 103. Origine historique des contrats innomés .....                                    | 201 |
| 104. Les contrats innomés en droit français .....                                     | 202 |
| 105. Assimilation du contrat médical aux contrats innomés....                         | 203 |
| 106. L'arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du<br>13 juillet 1937 ..... | 206 |

|                     |     |
|---------------------|-----|
| BIBLIOGRAPHIE ..... | 209 |
|---------------------|-----|

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| TABLE DES ABREVIATIONS ..... | 216 |
|------------------------------|-----|

ACHEVÉ D'IMPRIMER LE 23 FÉVRIER 1939  
PAR LES PRESSES MODERNES  
96, GALERIE BEAUJOLAIS — PALAIS-ROYAL  
PARIS (1<sup>er</sup>)





